

POR

D. CATALINA DE AHVMADA, MVGER

de don Iuan de Ahumada y Mendoza, vezinos de la Ciudad de Ronda.

EN EL PLEYTO,

Con Don Diego de Ahumada y Mendoza, vezino desta ciudad de Granada.

Y CON DON FRANCISCO DE AHVMADA Luzon y Mendoza, vezino de la dicha Ciudad de Ronda.

En Granada, Por Baltasar de Bolibar, y Francisco Sanchez,



SVPVESTO El hecho deste pleyto, de que se ha dado memorial, se fundará la justicia de la dicha doña Catalina de Ahumada en tres articulos.

2 ¶ En el primero la nulidad que tiené todos los autos, y sentencia de vista.

3 ¶ En el segundo, que caso que se deua determinar el pleyto en lo principal, es la dicha doña Catalina la verdadera sucessora en el mayorazgo que fundò doña Gracia de Mendoza del tercio de sus bienes.

4 ¶ En el tercero se fundará, como asimismo le pertenece la sucessión del mayorazgo que fundò del tercio de sus bienes don Francisco de Mendoza, marido de la dicha doña Gracia.

ARTICVLO PRIMERO.

En que se funda la nulidad de los autos, y sentencia.

5 ¶ La primera causa de nulidad de los autos y sentencia de vista resulta de auer sido la dicha doña Catalina de Ahumada, menor, y auersele citado, y seguido el pleyto en virtud del poder que dio sin nombrarsele curador, ni substituyr la curaduria el curador ad litem que tenia, hasta que le substituyò en Iuan Garcia de Llamas, Procurador desta Real Chancilleria, como se refiere en el memorial num. 7. en cuya virtud se ha propuesto la dicha nulidad, la qual está justificada.

6 ¶ Porque es cierto que la dicha doña Catalina era menor quando se le puso la demanda, y citò, y se hizieron los autos, y salió la sentēcia de vista; y asimismo a el tiempo que se propuso la nulidad, que fue en siete de Iulio de el año passado de 645. lo qual se prueua por la fee del Bautismo de la dicha doña Catalina, que fue en veynte y vno de Enero de 1621. la qual se ha presentado,

sentado, y por auerse redarguydo de falso por el dicho don Diego, se ha traydo en virtud de autos, y prouision de la Sala, y con citacion del dicho don Diego con partida antecedente y subsequente, y se ha comprouado cō testigos, en que no ay duda alguna, y assi es prueua concluyente de la menor edad, aunque no se ponga en ella el dia del nacimiento, por ser costumbre bautizarse dentro de pocos dias, vt ex *l. 2. §. ætas, ff. de excusation. tutor.* ibi: *Aut ex natiuitatis scriptura*, in terminis tenent Bald. *consʃ 452. lib. 4. & in l. fin. num. 15. C. sine censu, vel reliquis,* Salicet. *in l. exemplo, C. de probation.* Sebastian. Sapia *in repetition. l. de ætate, num. 33. ff. de minoribus,* Benintendis *decis. 47. num. 1.* Mauricio *in tractat. de restitut. quæst. 321.* Oddo *de restit. in integrum, part. 1. quæst. 7. num. 42. & 83.* Mandos. *in regul. 18. Cancelar. quæst. 10.* Caualcan. *de tutore, num. 296.* Ioseph. Ludouico *decis. Perusin. 55. num. 7.* Mascard. *de probation. lib. 2. conclus. 672. num. 1.* Menoch. *de præsumpt. lib. 2. præsumpt. 51. num. 53.* Berallo *decis. 314 part. 1.* quos refert Farin. *in fracm.* verbo, *ætas, num. 141.* y nota que esta es opinion comun, y que no se puede dudar della, principalmente por la disposicion de el santo Concilio de Trento *Sess. 24. cap. 2.* Y en el *num. 142.* resuelue con Mandosio, Mascardo, y Menochio, que aunq̃ no tenga el libro del Bautismo el dia de la edad, la prueua por la general costūbre de bautizarse dentro de ocho ò diez dias, idem tenet el señor Valençuela Obispo de Salamanca *cons. 169. à n. 77.*

7 ¶ Demas de la fee del Bautismo, y comprouacion que della està hecha, ay prouança de testigos de que la dicha doña Catalina era menor, y que assi lo parecia por su aspecto, la qual es prouança bastante, ex *l. si minor annis 25. ff. de minorib.* vbi glos. & Bart. *num. 1.* idem Bart. *in l. de ætate, num. 8. in princip. ff. de minoribus*, Bald. & Salicet. *in l. si minorem, C. de in integrum restit.* cum alijs Farinac. *in fracment. verbo, ætas, num. 148.* Y aunque en los numeros siguientes controuierte si la prouança de el aspecto solo por si es bastante para prouar la menor edad, no puede auer en este caso controuersia, por auer prouāça cierta de la edad por la fee del Bautismo, y testigos q̃ la comprueuan, y aun en los terminos de auer solo prouança

uança por el aspecto, resuelue Farinacio en el *num.* 151. con otros muchos Doctores, que la prouāça de la edad por el aspecto es bastante mientras no se prouare lo cōtrario, porque obra presumpcion de la edad, y transfiere la carga de prouar en quien pretendiere lo contrario.

8 ¶ Y en este caso no se ha prouado lo contrario por el dicho don Diego, antes ha prouado la menor edad de la dicha doña Catalina, porque ha presentado vnos autos sacados de vn pleyto que huuo sobre el casamiēto de la dicha doña Catalina, y en el se dio querella por doña Catalina de Pareja, madre del dicho don Diego, por auerse casado la dicha doña Catalina, y entre otras cosas se alegò, y prouò por la dicha doña Catalina de Pareja q̄ la dicha doña Catalina de Ahumada su nieta se casò el año de 631. antes de cumplir doze años, cō lo qual se compruena la fee del Bautismo, y prouança de la menor edad de la dicha doña Catalina. Y por causa de auerse casado la dicha doña Catalina antes de cumplirse los doze años, ratificò el matrimonio en ocho de Febrero de 633. que ya los auia cumplido, de que se ha presentado testimonio, sacado en virtud de prouision, y con citacion del dicho don Diego; el qual assimismo reconocio que era menor la dicha doña Catalina, y luego que puso la demanda deste pleyto, pidio que se le nōbrasse curador ad litem, ò el que tenia nombrado substituyesse la curaduria en Procurador desta Corte, y aunq̄ se le despachò prouision para ello, no hizo diligencias algunas: con que està notoriamente comprouada la menor edad de la dicha doña Catalina.

9 ¶ La qual duraua en el tiempo que fue citada para el pleyto, y se sustanciò y pronunciò la sentencia de vista, y quando se propuso la nulidad, que fue en siete de Iulio de el año passado de 645. porque es la fee de Bautismo de veynte y vno de Enero de 621. y hasta veynte y vno de Enero deste año de quarenta y seys, no cumpliò los veynte y cinco años.

10 ¶ De lo qual resulta la dicha nulidad, porque a el menor no se le puede citar sin nombrarle curador, *l. contra pupillum 54. ff. de re iudicat.* ibi: *Contra pupillum indefensum, cumque qui Reipublicæ causa abest, vel minorē 25.*

annis propositum peremptorium, nihil momenti habet, vbi glosa inquit: *Quod citatus est pupillus peremptorie, vel absens Reipublicæ causa vel minor 25. annis, & lata est sententia contra eum, dicitur quod non tenet citatio, vel sententia*, vbi Bart. *num.* 1. *&* 2. Paulo de Castro *nu.* 2. *&* 3. Y aunque nota, que basta citar a el pupilo, ò a el adulto, para que parezca con tutor, ò curador, y que si esto no se haze es nula la citacion, prueua el intento de la nulidad, porque no pareciò con curador doña Catalina: demas que despues el mismo Paulo de Castro en la *l. acta*, §. *contra*, *ff. de re iudicat.* resuelve, que no se puede hazer esta distincion, porque se opone a la decision del texto, ibi: *Sed hic est casus quod non valet, & sic non est facienda illa distinctio.* Caldas Pereyra *in l. si curatorem habens, C. de in integrum restitutione in principio, num.* 15. *vers. Cæterùm.* Et vers. *Sed in hoc contrarium verius videtur, & num.* 16. Pinel. *in l.* 1. *C. de bonis maternis*, 2. *part. num.* 67. vers. *Cauendum magis est.*

11 ¶ De esta resolucion no se puede dudar por la decision de las leyes de nuestro Reyno, porque la *l.* 11. *tit.* 2. *part.* 3. dispone expressamente, que no se pueda hazer demanda a ningun menor de veynte y cinco años, si no es estando presente su curador. Y la *l.* 2. *tit.* 7. *part.* 3. vers. *Otrosi dezimos*, determina, que no se pueden emplaçar los menores, sino es a sus curadores, ibi: *Otrosi dezimos, que non deuen ser emplaçados los que nõ son de edad.* Ioan. Gutierrez *de tutel.* 2. *part. cap.* 4. *à num.* 6. *vsque ad* 10. Y aunque Gregorio Lopez *in dict. l.* 2. *tit.* 7. *part.* 3. *glos.* 13. y Tiraquell. *de retract. lignagier*, §. 1. *glos.* 13. *num.* 16. 17. *&* 18. resuelvẽ, que valdrà la citacion para que comparezca el menor con su tutor, ò curador, no puede aprouechar en este caso, porque demas de oponerse a las dichas resoluciones, no pareciò tutor, ni curador a defender a la dicha doña Catalina si no diò poder, y asi es nula la citacion, como nota Ioan. Gutierrez *de tutel. part.* 2. *cap.* 4. *num* 8. vers. *Cæterũ*, ibi: *Imò etiam si ipse per se compareret profectò fateri non possunt validam esse citationem, vel saltim iudicium cum eo tantum agitatum.* Por lo qual es preciso tener por ninguna la dicha citacion.

12 ¶ Asimesmo tiene nulidad el poder que se diò por la dicha doña Catalina sin tener curador, *l. neque*

tutores,§.pupillus,C.de procurator. l. 2. in princip. l. 5. tit. 5. part.3. Montealegre *in praxi,lib.1.cap.5.num.352.*

13 ¶ La misma nulidad tienen todos los autos y sentencias, por auerse seguido con la dicha doña Catalina siendo menor, sin nombrarsele curador, *l. acta, §. contra, ff. de re iudicat. l. non eo minus, C. de procurator. l. 1. & 2. C. qui legitimam person. standi in iudic. hab. l. cum & minores 4. C. si adversus rem iudicat. l. clarum, C. de authoritat. præstanda, l. vniuersis, C. qui dari tutores pos. l. 11. tit. 2. l. 1. in fin. tit. 3. l. 1. tit. 25. part. 3. l. 17. tit. 16. part. 6.* vbi communiter DD. & Gregor. in dictis legibus Partitę cum aliis Montealegre *in praxi, lib. 1. cap. 5. à num. 5. cum seqq.* Augustin. Barbos. *in collectan. l. non eo minus, C. de procurator. à num. 2.*

14 ¶ Contra esto se opone, que la dicha doña Catalina diò poder con el dicho don Iuan de Ahumada su marido, y con su licencia, para seguir este pleyto, y que el dicho don Iuan es mayor de veynte y cinco años, y persona capaz para poder dar la dicha licencia como marido y conjunta persona de la dicha doña Catalina, *l. 55. Taur. quæ est 2. tit. 3. lib. 5. Recopilat.* y que por virtud de la dicha licencia pudo dar poder la dicha doña Catalina, y parecer en juyzio, y es valido el pleyto y sentencia que en virtud del se siguiò y pronunciò, *l. 56. Taur. quæ est 3. tit. 3. lib. 5. Recopilation.*

15 ¶ Esta oposicion no puede ser de fundamento alguno, porque siendo la muger menor, aunque dè poder con licencia del marido, y a el mismo marido para que litigue por ella, no es valido el juyzio y sentencia que se diò sin nombrarle curador, *l. non eo minus, C. de procurator.* vbi Imperator inquit: *Non eo minus sententia adversus te lata iuris ratione subsistit, quod adversaria tua minor viginti quinquè annis constituta, causam suam marito sine curatore agendam mandauit.* La decision de este texto prueua expressamente esta conclusion, porque determina, que la sentencia dada contra la muger casada menor de veynte y cinco años sin nombrarle curador, es ninguna, aunque aya dado poder a el mismo marido para que la defienda, y sea el marido mayor de veynte y cinco años, lo qual es supuesto preciso, porque si fuera menor de 25. años no podia ser procurador, ni parecer en juyzio en virtud de poder de otra persona,

persona, *l. minor, ff. de procurator. cap. qui generaliter, §. fin. de procuratoribus in 6. l. 5. tit. 5. part. 3.* ex alijs Montealegre *in praxi, lib. 1. cap. 5. num. 10.* y fuera el juyzio y sentencia nula, sin ser necessario la razon que se dà en la decision de el texto, de que la muger era menor, y se litigò sin curador, y assi supuesto que dà esta razon de decidir supone que el marido era mayor de veynte y cinco años, y que sin embargo que litigò en virtud de poder de la muger, es la sentencia nula, lo qual se ajusta a los terminos de este pleyto, para que se juzgue por ninguna la sentencia que se diò contra la dicha doña Catalina, por ser menor, y auer litigado sin curador.

16 ¶ Y las leyes del Reyno, referidas supra *nu.* 14. que disponen, que la muger casada pueda parecer en juyzio con licencia de su marido, no alteran la disposicion de derecho, para que siendo menor aya de tener curador que la defienda, demas de la licencia de el marido, antes se deuen entender conforme a el, *l. 4. §. si quis condemnatus, vers. Sed siquidem,* ibi: *Repletur ex lege, quod sententia iudicis de est, ff. de re iudicat.* Y no vinieron a quitar la solemnidad que se requeria conforme a derecho, para que los menores pareciessen en juyzio, sino para aumentarla respeto de las mugeres casadas, para que no pudiessen litigar sin licencia de sus maridos, por lo qual no deuen obrar contrario efeto, *l. cum tale, §. fin. ff. de condition. & demonstrat.* Y assi en terminos semejantes de estatuto, que requiere el consentimiento de parientes en las enagenaciones de bienes de menores, què aunque estos sean mayores, no se excluia la solemnidad de derecho comun que se requiere en la enagenacion de bienes de menores, que es autoridad de tutor, ò curador, decreto del juez, y justa causa, tenet Paulo de Castro *consil. 106. num. 3. part. 2.*

17 ¶ En terminos de muger casada que es menor, y el marido mayor, que no baste su licencia para validacion de los actos si no intervienen las demas solemnidades de derecho, tenet Tiraquell. *in legibus connubialibus, l. 16. glos. 8. num. 49.* ibi: *Sexto quæro quid e diuerso si mulier sit minor viginti quinque annorum, nunquid venditio quam facit de re immobili cum consensu mariti maioris sine decreto iudicis valeat? Breuiter dic, quod non.* Y refiere los fundamentos que se han ponderado.

En

18 ¶ En los terminos deeste caso, videlicet, que sea nulo el pleyto seguido con la muger casada, aunque aya dado poder con licencia de su marido mayor de veynte y cinco años, si no ha tenido curador que la defienda, probat Ludouico Mesia *in l. Toleti, in 2. part. fundam. 6. num. 10. ibi: Sicquè intelligendam censeo legem 55. & alias quatuor leges sequentes ad curias Taurinas, nempè vt solum procedat in contractibus, & actibus, qui per vxorem de iure (si nupta non fuisset) libere expediri poterant: quodquè per eam eo casu facti validi aliàs forent. Vnde minor 25. annis mulier hæc si fuisset, quæ ratione minoris ætatis, in iudicio sine curatore comparere non potest, l. 1. & 2. C. qui legitim. person. hab. standi in iudicio, l. acta, ff. de re iudicat. l. 2. in fin. tit. 3. part. 3. l. 6. in fin. tit. 6. aut procuratorem constituere, l. 2. & 3. tit. 5. part. 3. Sed nequè sine solemnitatibus à iure requisitis, sua immobilia vẽdere vulgaris lex, lexquè tutores, C. de administration. tutor. l. 60. tit. 18. part. 3. l. 4 & 5. tit. 5. part. 5. l. 8. tit. 13. eadem partit. & l. 18. tit. 16. part. 6. Cum hi contractus, & actus, sine curatoris interventu, cũ alijs huius generis à iure sint improbati, etsi aliter fiant nulli sint, & inutiles. Paulò ante citatæ leges Taurinæ, quæ requirunt licentiam, & consensum mariti, his in casibus locum non haberent sine dictæ solemnitatis interventu. Nec licentia mariti vxori ad sic contrahendum, seu mandatum præstandum, aut in iudicio comparendum concessa, eos de per se validaret: argumento textus singularis in l. 2. ff. de minoribus, iuncta lege præcedente, vbi probatur (licet non soleat considerari) quod curatores non tenentur tradere, & restituere bona minoribus 25. annis, etiam si matrimonium iam contraxerint. Et quod vulgo dicitur, casados, sin y velados (quẽ didici à begregio, ac erudito Doctore Benedicto de Castro, olim Salmanticæ vnam de Cathedris Lectionis Primariæ, in iure Cæsareo Regente, etsi casus ocurrerit, ita tenendum fore credente) oportet ergo cum ipsius licentia mariti, dictis in casibus, & aliàs solemnitates observari, cum à iure etiam requirantur* : referens sequitur Azeuedo *in l. 2. tit. 3. lib. 5. Recopilat. num. 100. & 101.*

19 ¶ Lo mismo prueua Montealegre *in praxi, lib. 1. cap. 5. num 182.* donde funda, que la muger casada menor de veynte y cinco años que tiene curador, necessita, demas de su autoridad, de el consentimiento deel marido, porque las leyes de el Reyno referidas no quitan la

solem-

solemnidad que conforme a derecho se requiere en los contratos de menores: y lo mismo funda en el n. 183.

20 ¶ De lo qual resulta, que el poder que dio la dicha doña Catalina con licencia de el dicho dō Iuan, no es bastante para excluyr la nulidad que tienē los autos y sentencia por ser menor, y no auersele nombrado curador.

21 ¶ Reconociendose esta nulidad, por parte de el dicho don Diego se pretende excluyr, con que no solo dio la dicha doña Catalina poder con licencia de el dicho don Iuan para seguir el pleyto, si no que el dicho don Iuan dio poder para el pleyto, y que era mayor de 25. años, y assi se han de sustentar los autos y sentencia en virtud del dicho poder: porque como marido de la dicha doña Catalina es legitimo administrador de todos los bienes de la dicha doña Catalina, y assi puede litigar, y dar poder por la susodicha, *vt ex l. 3. in fin. tit. 2. l. 3. tit. 3. lib. 3. for. l. fin. tit. 4. lib. 5. ordinam. l. 4. & 5. tit. 9. lib. 5. Recop.* & ex aliis pluribus obseruat Dom. Doctor Don Ioseph Vela *dissert. 4. num. 13. & dissert. 9. num. 27. & 31.*

22 ¶ A lo qual se responde, que no puede ser de efecto alguno en este caso el poder que se diò por el dicho don Iuan, ni excluyr la nulidad q̄ tienen los autos y sentencia.

23 ¶ Lo primero, porque en el no se expressa que lo dá como marido y conjunta persona de la dicha doña Catalina, que es calidad precisa, para que en los casos que el marido es legitimo administrador obre el poder que dá por este titulo, *l. 3. §. sed et si forté*, ibi: *Vel vir vxoris nomine, & §. sed quod, de tutore, ff. iudicat. solui, l. exigendi, C. de procurator.* ibi: *Actionem patris nomine dirigat*, cum Bart. Socin. Fulgos. Corneo, Fabro, Felin. Afflict. tenet Domin. Salgado 4. *part. de Reg. protect. cap. 8. num. 259. cum sequentibus.*

24 ¶ Y aunque Pinel. *in l. 1. C. de bonis matern. 2. part. num. 64.* Giurba *decis. 98. à num. 12.* Dom. Salgado *d. cap. 8. num. 285. & 286.* dizen que vale el acto hecho por el marido, y padre, en nōbre de la muger y del hijo, aunque no expresse la calidad de legitimo administrador,

dor, quãdo es negocio tocante a la muger, ò el hijo, principalmente quando ay ley, o estatuto, que se proceda *attenta veritate*, no es de perjuyzio a la dicha resolucion: porque como nota Gratiano *cap.* 401. *num.* 34. *tom.* 4. procede la opinion de los DD. referidos en actos extrajudiciales, y en los judiciales es preciso que se expresse la calidad de legitimo administrador: y en el caso de la *decision* 98. de Ciurba se determinó en fauor de lo mismo que se va fundado, declarando por nulo el deposito que se auia hecho sin expressar en la citacion la dicha calidad, como refiere en el *num.* 17. *vers. Consistorium*: y demas desto ay en este caso razon especial para que no se pueda entender que el poder que dio el dicho don Iuan fue como marido y conjunta persona de la dicha doña Catalina, y es, que el es interesado por su persona en los frutos del mayorazgo, por la parte que le toca de ellos constante el matrimonio, *ex l.* 4. *&* 5. *tit.* 9. *lib.* 5. *Recopil.* y assi el poder que dio se ha de entender por si, y no como legitimo administrador, porque siempre se entiende, q̃ el acto se haze, y el poder se dà iure proprio, & nõ alieno *l. & magis, ff. de solut l. Papinianus*, & ibi glos. & Albericus, *ff. mandati, l. pro hærede, ff. de acquir. hæreditat. l. si ita stipulatus fuero, §. chrisogonus*, & ibi Bart. *ff. de verbor. obliga.* tenent in terminis Antonio Fabro *in suo C. lib.* 2. *titul.* 6. *diffinit.* 26 Domin. Salgad. 4 *part. cap.* 8. *n.* 263. y auiẽdo derecho propio del dicho dõ Iuan, porque se pueda entender dado el poder, no puede estẽderse a derecho perteneciente a la dicha doña Catalina, que es la propiedad del mayorazgo, con que cessa la opinion de Pinel. y los demas DD. que le siguen citados a el principio deste numero, que defienden la validacion del poder, aunque no se expresse la dicha calidad de legitimo administrador, porque la razon en que se fundan es, ser el acto y pleyto perteneciente a la muger, o hijo, y no a el marido, ni a el padre, y deuerse entender que se dio por el derecho deduzido, y esta razon cessa en este pleyto, por ser interesado el dicho don Iuan por causa de los frutos, cõ que la ay para que diesse poder por si, y no por el derecho de legitimo administrador, y propiedad del mayorazgo perteneciente a la dicha doña Catalina, y assi procede

la

la resolucion fundada para que el poder no obre cosa alguna.

25 ¶ Lo segundo, porque en caso que en el poder que dio el dicho don Iuan se huuiera expressado la calidad de que dava el poder como marido y cojunta persona, y por el derecho perteneciente a la dicha doña Catalina su muger, o se entendiesse dado en esta forma, aunque no se expressasse, no puede obrar en este caso, ni suplir el defecto de la menor edad de la dicha doña Catalina: porque el pleyto es sobre la sucession de mayorazgo perteneciente a la dicha doña Catalina, y en semejantes causas no obra la legitima administracion que tiene el marido, y es precisso substanciar el pleyto con la muger, en quien reside el derecho de la sucession, y consequentemente las acciones, vt tenent Bald. *in cap. significanti* 36. *de rescriptis, num.* 3. Palacios Rub. *in repetit. cap. per vestras, de donation. inter.* §. 43 *num.* 10. Greg. Lop. *in l.* 1. *tit.* 1. *part.* 2. *glos.* 9. *ad fin.* ibi: *Regnum non posse dari in dotem, & quod ipsa Regina est domina Regni, & eius est administratio, neque competit viro, nisi quatenus ipsa permisserit.* D. Molin. *lib.* 1. *cap.* 24. *num.* 32. & 33. vbi eius Addition. Ioan. Gutierr. *de tutel.* 1. *part. cap.* 18. *num.* 32. Montealegre *in praxi, lib.* 1. *cap.* 5. *num.* 338. ibi: *Dictum tamen opinionem limita, vt non procedat in bonis maioratus alienare prohibitis: nam tunc maritus præsentare non poterit, sed sola vxor, cum in hoc casu dominium in virum non transeat, vt in Regina tenet Baldus, &c. Et indistincté in alijs particularibus maioratibus tenet Ludouicus Molina, &c.* el señor Doctor Don Ioseph Vela *dissertat.* 4. *num.* 47. ibi: *Non obstat quintum, quia etsi maritus iure nostro Regio particeps sit quoad fructus, & consequẽter legitimus administrator quorumcumque vxoris bonorum ex legibus in argumentũ allatis, at id minimé procedit in eo iure quod inhæret maioratui, aut dignitati cuius vxor ex successione domina est, vt contingit in iure Regni.*

26 ¶ En terminos que sea necessaria en este caso la citacion de la muger, y seguir el pleyto cõ ella, y que no baste citar solo a el marido, tenent Gamma *decis.* 182. *per totam,* & ibi Flores de Mena eius Additionator (donde solo lo limita en los bienes ganados constãte el matrimonio, por ser el marido administrador de ellos,

ellos, y poderlos enagenar, *ex l. 5. tit. 9. lib. 5. Recopilat.*) Cauedo *decis. 35 per totam, & decis.* 182. Gabriel Pereira *decis. 76. à num. 1.*

27 ¶ Lo tercero, porque aunq̃ fuesse el pleyto sobre qualquiera derecho, ò bienes libres pertenecietes a la muger, y que no los huuiesse dado en dote, y no huuiesse la razon particular que se ha referido de ser causa de mayorazgo, no le perjudica a la muger la sentencia litigada con solo el marido, en que ella no fue citada, ni siguió el pleyto, *vt ex l. maritus, C. de procurator.* notat ibi Paul. de Castro *num. 2. & cons. 286. num. 2. & 4. part. 2.* Alex. in addition. ad Bartol. *in l. quinque legibus, ff. de bonis damnator.* Bald. *cons. 478. volum. 5.* Ancharran. *in cap. constitutis, de procurator.* quos duos refert & sequitur Angel. *in l. doce ancillam, in fin. C. de rei vindicat.* Menoch. *de arbitrar. lib. 2. casu 39. num. 23.* Bertrand. *cons. 129. nu. 4. volum. 6.* quem refert & sequitur Fontanell. *de pact. nupt. tom. 2. claus. 6. glos. 1. part. 3. num. 34. in fin.* ex Alex. Trentacinq. *lib. 2. tit. de procurat. resolut. 5. nu. 10.* tenet Barbos. *in collectan. ad leg. maritus, C. de procurator. n. 9.*

28 ¶ En terminos de la *l. 55. Taur.* y las demas de nuestro Reyno, por donde se pretéde, que el marido tiene la legitima administracion de todos los bienes de la muger, tienen la dicha resolucion Castillo *in l. 55. Taur. num. 30.* versic. *Adde*, Flores de Mena *in addionib. ad Gamm. in d. decis. 182. ad fin.* Hermosill. *in l. 32. tit. 5. p. 5. glos. 3. & 4. n. 52.*

29 ¶ Lo qual se confirma, con que en los bienes y derechos que no son dotales, las acciones residen en la muger, y tiene el principal exercicio de ellas con licencia de el marido, como nota Rodrigo Suarez *in l. 13. tit. 3. de las deudas, num. 34* Pedro Barbos. *in l. cum notissimi. §. illud, C. de præscription. 30. vel 40. annor. à num. 43. vsq; ad 51.* y el señor Doctor Dó Ioseph Vela, aunq̃ *en la dissertacion 9.* limitó esta resolucion desde el *n. 28.* hasta el 37. concediédo tambien a el marido exercicio de las acciones por las leyes del Reyno, no excluye que residã en la muger, y tenga tambien exercicio de ellas con la licencia de el marido, como nota *en el num. 29. y 34.* y en el caso especial de ser causa de mayorazgo, defiende la

reso-

resolucion que se ha referido en la *dissertation* 4. per totã, præcipuè en el *num*. 97. y assi es la principal interessada, y que deue ser citada, y litigar legitimamente, para que el juyzio y sentencia tenga validacion, y quede excluyda de las acciones, y derecho que le compete.

30 ¶ Lo quarto, porque la nulidad que tienen los autos respeto de ser menor la dicha doña Catalina, no se suple con auer dado poder el dicho su marido para seguir el pleyto, como se decide expressamente en la *l. nõ eo minus, C. de procuratoribus*, referida supra num. 15. en cuyos terminos se siguió el pleyto con el marido en virtud del poder de la muger, que era iure communi, procurador legitimo que podia parecer en juyzio en las causas tocantes a la muger, aunque no fuessen sobre bienes dotales, *vt ex l. 3. §. sed et si, ff. iudicatum solvi, & ex l. si ego, §. penultim. & vltim. ff. de iur. dotium, l. 2. l. maritus, C. de procuratoribus, cap. constitutis de procuratoribus*, & ex glossa & Doctoribus tenet Dom. Salgado *de Regia protect. 4. part. cap. 8. num.* 272. y sin embargo se determinó en la *l. non eo minus. C. de procuratorib.* que era nulo el juyzio, siendo cõtra la muger casada menor, que litigó sin curador; y assi aunque por las leyes del Reyno tenga el marido la legitima administracion de los bienes pertenecientes a la muger, no excluye esto el defecto de la menor edad, para que se le aya de nombrar curador, sin que sea bastãte el defender el marido el pleyto, y assi no puede excluyr la nulidad el auer dado poder el dicho don Iuan.

31 ¶ Lo qual se comprueua, conque la dicha doña Catalina antes de casarse tenia por curador ad litẽ nombrado por el Corregidor de la ciudad de Ronda en 13. de Mayo del año de 30. a Geronimo de Estrada procurador de la dicha ciudad, que es el que substituyó la curaduria en 13. de Março de 45. en Iuã Garcia de Llamas, en cuya virtud se ha propuesto la nulidad, y la dicha curaduria estaua en su fuerça, aunque se auia casado la dicha doña Catalina, *l. 2. ff. de minoribus, l. de his 12. vers. Neque enim, C. de administrat. tutor. l. 2. C. de in integr. restit. l. non eo minus, C. de procurator. l. 2. vers. Adeant. C. si sepius in integr. restit. postuletur, l. cum proponas, C. de interdicto matrimonio, l. amplissimi, C. de excusation. tutor. l. 3. tit. 17. part. 6.* cum Rodrig.

Suarez, Gregor. Lop. Parlador. Gutierr. Thomas Sanchez, Cancer. Giurba, Lara, Hermosilla, & aliis el señor Doctor Don Ioseph Vela *dissertat.1.à nu.20. vsque ad 31. & per totam dissertationem*: y assi fue preciso substanciar este pleyto con el dicho Curador, sin que este defecto lo pueda suplir el poder del dicho dō Iuan, ni surtir el mismo efecto su defensa, porque no puede ser curador de la dicha su muger, *l. virum 14. C. de curator. furiosi, l. maritus, C. qui tutor vel curator dar. poss. l.3. tit. 17. part. 6.* vbi Gregor. *glos.10.* cum aliis pluribus el señor don Ioseph Vela *dissert.1. num.25.* Y estos textos proceden tambien en caso de curador ad litem, que no lo puede ser el marido quādo el pleyto es de graue perjuyzio. Salicet. *in l. maritus 2. C. qui tutor. vel curator. dar. poss.* Gregor. Lop. *in dict. l.3. tit. 17. part. 6. glos.10.* Ioan. Gutierr. *de tutel. 1. part. cap. 20. nu. 32.* Giurba *decis 109 num.10* Montealegre *in praxi lib. 1. cap.5. num. 182.* por lo qual es sin duda la nulidad que tienen los autos y sentencia, por ser menor la dicha doña Catalina, y no auerse substanciado el pleyto legitimamente.

32 ¶ La segunda causa de nulidad de la sentēcia de vista, es auer condenado a la dicha doña Catalina en la restituciō del mayorazgo que del tercio de sus bienes fundó don Francisco de Mendoza, marido de la dicha doña Gracia, sin estar pedido por el dicho don Diego en su demanda, ni en otro pedimiento alguno, *l. vt fundus, ff. commun. diuidund. l. fin. C. de fideicommiss. libertatib. cap. licet Heli de simonia,* vbi Barbos. *in collectan. num. 3. & 4.* & alios refert. *l. 16. tit. 22. p. 3.* ibi: *Non deue valer el juyzio,* vbi Gregor. *glos. 1.*

33 ¶ Esta nulidad es mas sin duda, porque no auiendo pedimiento, no huuo citacion, contestacion, defensa, ni juyzio sobre que cayesse la sentencia en quanto a el dicho mayorazgo, que todas son nulidades insanables, y mas en vn pleyto sobre la sucession de mayorazgo, que requiere para validacion de la sentencia juyzio legitimo con parte que se defienda exactamente, vt ex pluribus Dom. Molin. *lib. 4. cap. 8. num. 7. vsque in fin.* vbi eius Addition. alios plures referunt, y que tiene el mayorazgo de los bienes del dicho don Francisco diferentes

rentes

rentes defensas que el que fundó la dicha doña Gracia, vt ex infra dicendis apparebit: por lo qual es sin duda esta nulidad.

34 ¶ Reconociendose por parte del dicho dõ Diego, se pretende, que el mayorazgo de el dicho don Francisco està agregado al mayorazgo que del tercio de sus bienes fundó la dicha doña Gracia ; y que assi bastó pedir este mayorazgo para que se comprehēdiesse en la demanda el de la dicha doña Gracia : porque es juyzio vniuersal Dom. Molin. *lib. 1. cap. 26. à num. 20.* & ibi Additio. Petrus Barbos. *in 3. p. rubric. ff. solut. matr. n. 4.* Dom. Paz *de tenut. cap. 8. num. 37.* Dom. Castill. *tom. 6 cap. 135.* Dom. Salgad *p. 4. cap. 10. num. 3.* Y pidiendose el mayorazgo, es visto pedirse todos los bienes, derechos, y acciones comprehendidos en el, *l. si quis cum totum 7. §. fin. ff. de exception. rei iudicat. l. item videndum, §. fin. ff. de petition. hæred.* Y la sentencia que declara pertenecer el mayorazgo, comprehende todos los bienes que se verificare y liquidare comprehenderse en el, aunque no los expresse, *l. si hæreditatem, l. licet minimam, l. si quo tempore, ff de petition. hæredit. l. 1. §. 1 ff. si pars hæredit. petat. l. quæsitum est, ff. de peculio. l sed etsi possessori, §. fin. ff. de iur. iur. l. si à te 9. §. si quis fundum, ff. de exception. rei iudicat.* Dom. Couarruv. *pract cap. 12. n. 6.* Menoch. *de adipiscend. remed. 1. à num. 70.* Anton. Gom. *in l. 45. Taur. num. 166.* Dom. Salgad. *4. parc. cap. 9. num. 158. & 166.* y en terminos que comprehenda la sentēcia todo lo agregado a el mayorazgo, cum alijs tenent Mier. *1. part. quæst. 10. num. 20. & nu. 124. & 137.* Dom. Salgad. *4 part. cap. 10. à num. 115. cum seqq.* Y que assi pidiendose en la demanda de dõ Diego el mayorazgo de doña Gracia, fue visto pedirse el de el dicho don Francisco, y assi justamente la sentencia lo declara por sucessor de ambos.

35 ¶ A esto se responde, que las doctrinas referidas en el numero precedēte proceden en juyzios vniuersales de peticion de herencia, en que declarandose el derecho, se pueden pedir todos los bienes de la herencia, o en lo accessorio y dependiēte que sea de vna misma calidad con el principal que no se pueda separar, ni consistir sin el, y no se aplican al mayorazgo que fundò el dicho

cho don Francisco, que fue primero que el que fundó la dicha doña Gracia, y está por si solo perfecto con dotacion de bienes especiales, y llamamientos perpetuos sin dependencia del que fundó la dicha doña Gracia, por lo qual no puede ser aumento, agregaciō, ni accessorio del que despues fundò la dicha doña Gracia, lo qual consta de las fundaciones: porque el dicho don Frãcisco en 20. de Iunio de 1582. otorgò poder a la dicha doña Gracia para que hiziesse su testamento, y en el poder dispone, q̃ hiziesse vn vinculo de mil ducados de renta en fauor de don Francisco de Ahumada su hijo, y que si le pareciesse acrecentarlo hasta dos mil ducados de renta lo pudiesse hazer.

36 ¶ Y la dicha doña Gracia en virtud del dicho poder otorgò el testamento del dicho don Francisco en 21. de Setiembre de el dicho año de 582. y en el executó la disposicion de el dicho don Francisco su marido, para que en el tercio y quinto de sus bienes sucediesse por vinculo y mayorazgo don Francisco su hijo, como lo auia dispuesto su padre, que aunque no lo executasse la dicha doña Gracia, se auia de obseruar, y tenerse por dispuesto, *ex l. 33. Taur. y tit. 4. lib. 5. Recop.*

37 ¶ Y aũque la dicha doña Gracia tenia otorgado su testamento cerrado desde 15. de Setiembre de 82. en que auia hecho la mejora del tercio de sus bienes vinculados a el dicho don Francisco su hijo (que es a el que se pretende que está agregado el del dicho don Francisco su marido) no tuuo efecto hasta que murió, y se abrió por su muerte el testamento en 22. de Setiembre de 1582. y antes, y sin dependencia del estaua fundado el mayorazgo del dicho don Francisco, y assi es primera y mas antigua fundacion, y que está por si perfecta con llamamientos perpetuos, sin dependencia de el mayorazgo de la dicha doña Gracia, y no se puede dezir, que es agregado, y accessorio, porque para esto es necessario que no pueda consistir por si sin el principal, vt ex pluribus obseruat Dom. Molina *lib. 1 c. 26. à n. 2. cũ seqq.* vbi eius Addition. Dom. Salgad. *de Reg protect. 4. p. c. 10. à n. 88. vsque ad 92.* Dom. Castill. *lib. 6. c. 168. n. 24. 29. &* 30. vbi alios refert.

En

9

38 ¶ En caso que lo referido cessara se deue juzgar por principal la disposicion del dicho don Francisco, porque es la mejora y vinculo del tercio y quinto de sus bienes, y el vinculo que hizo la dicha doña Gracia de solo el tercio de sus bienes, y assi el mayorazgo que es del tercio y quinto se deue juzgar por mas principal, vt in simili tenet el señor Presidente Valençuela, Obispo de Salamanca *conf.* 103 *num.* 20, *& sequentib.* Y para que no se pudiera dezir, que el mayorazgo que fundò el dicho don Frãcisco era accessorio a el de la dicha doña Gracia, bastaua que fuesse igual, quia res æquè principalis, non dicitur esse pertinentijs, *l. sed si per Prætorem, §. inde, ff. ex quibus causis maior, l. 1. §. enim, ff. de postulando, Mieres part. 1. quæst. 10. nu.* 152. *&* 154. por lo qual no se puede dezir, que el mayorazgo que fundò el dicho don Francisco del tercio y quinto de sus bienes es agregado, ni accessorio a el de la dicha doña Gracia.

39 ¶ La pretension que en quanto a esto tiene el dicho don Diego cessa sin duda alguna atendiẽdo, que en el mayorazgo que fundò el dicho don Francisco no ay clausula alguna en que diga que lo agrega a el que auia de fundar la dicha doña Gracia, ni la susodicha en lo que executò en virtud del poder no agregò el mayorazgo del dicho su marido a el que ella fundaua en su testamento, y la clausula en que dispuso, que el dicho don Francisco de Mendoça su hijo, en cuyo fauor se hazia la fundacion de el mayorazgo del tercio y quinto de los bienes del dicho su marido, guardasse las clausulas y grauamenes que le tenia puestas en la manda del tercio de sus bienes, que es la clausula de que se vale el dicho dõ Diego, no puede obrar la dicha agregacion, porque la dicha doña Gracia no tuuo facultad del dicho su marido para poner la dicha clausula, ni se extiende su disposicion a la incõpatibilidad que se pretende, como se funda en el tercero articulo de esta alegacion: y de este derecho, por el qual se pretende, que aunque don Diego fuesse el sucessor en el mayorazgo de doña Gracia, no lo puede ser en el de don Francisco, por las razones diferentes que ay en el, no se tratò en este pleyto antes de la sentencia de vista, aunque se presentaron las fundaciones, y assi no se puede tener por comprehen-

 dido

dido el mayorazgo del dicho don Francisco en la demanda y prosecucion del pleyto, aunque quando estuuiesse agregado a el mayorazgo de la dicha doña Gracia, que no se concede, porque el aumento y accessorio no sigue la naturaleza del principal, ni se comprehende en el quando ay diferente razon, *vt ex l. qui fundum, §. si fundum, ff. pro emptore, l. ait siis §. l. de prat. minor.* & ex alijs iuribus & DD. tenet Mieres *part. 2. q. 5. n. 10. num. 45.* Don Castillo *lib. 6. cap. 168. num. 27.* vbi plures refert. Barb. *in d. num. 4. num. 10.* Por lo qual en la demanda, e instancia de vista, en que solo se trató, si el dicho don Diego era successor en el mayorazgo de la dicha doña Gracia, no se puede tener por comprehendido el derecho del don Francisco, porque es y diuersa razon, y diferentes defensas, y de que no se conoció en la instancia de vista.

40 ¶ En los terminos de este pleyto cessan qualesquiera dudas, porque la demanda del dicho don Diego fue limitada en la relacion, y conclusion, porque en ella entra haziendo relacion como la dicha doña Gracia por el testamento con que murio, que se abrio en veynte y dos de Setiembre de 58. hizo cierto vinculo y mayorazgo del tercio de sus bienes, y prosigue la relacion de las clausulas, y en la conclusion pide ser declarado por legitimo successor en el dicho mayorazgo fundado por la dicha doña Gracia de Mendoça del tercio de sus bienes, y el discurso de toda la instancia de vista fue limitado a solo el mayorazgo del tercio de los bienes de la dicha doña Gracia, y assi no puede comprehender otros bienes algunos, aunque estuuiessen agregados a el mismo mayorazgo, y fuessen aumento del, y precisamente es necessaria nueua demanda, y conocimiento de causa, *vt ex l. qui fundum, §. 1. ff. pro empt.* & alijs tenet in terminis Ioan. Garcia *de expens. num. 6. in princip.* donde nota, que aunque se pierda el mayorazgo, no se pierde el aumento, y que esto procede aunque sea accessorio y vna cosa misma con el mayorazgo. Y en el fin de este numero nota, que es menester nueuo pedimiento, y sentencia, ibi: *Neque petitio feudi, aut emphiteusis continet illud augmentum, neque sententia lata de successione feudi, aut emphiteusis huiusmodi extenditur ad hoc augmentum, sed alia petitio, aliud iudicium, alia sententia est necessaria, quia di-*

uersa sunt, & separata & diuersam, & separatam habent iuris rationem, vt acquirantur, & amittantur. Et in vers. *Vnde*, ibi: *Sententia lata super maioratu, non extenditur ad illud genus augmenti, quod separatam habet rationem, sed noua lite petitione, & sententia opus est*. Ioan. Gutierrez *lib. 3. practicar. quaest. 70. à num.* 21. cum alijs tenet Additionat. ad Dom. Molin. *lib. 1. cap. 26. num. 2.* ibi: *Sed adhuc emphiteusis, & feudum non sunt maioratus in ratione maioris, & ideo sententia lata super maioratu non extenditur ad illud genus augmenti, sed noua petitione, & sententia opus est*.

41 ¶ Lo qual se confirma, con que aunque este pendiente el pleyto sobre lo principal, no se dize que està pendiente en lo accessorio, glos. verbo, *posse, in fine, in l. creditor, §. mandat*. Gregor. Lopez *glos. 3. in l. 7. tit. 23. part. 3.* Mieres *part. 1. quaest. 10. num.* 104. Y assi no se puede dezir que ha auido pleyto sobre el mayorazgo del dicho dõ Francisco, aun quando estuuiesse agregado, que no lo està, a el de la dicha doña Gracia.

42 ¶ Compruebase esta resolucion, con que es necessario paraque el juyzio y sentencia que comprehende lo principal obre cosa juzgada en lo aumentado y agregado, accessorio y dependiente, que se aya tratado en la demanda y discurso del pleyto de lo aumentado y agregado, accessorio y dependiente, y de otra forma no se tiene por deduzido, ni puede salir sentẽcia en quanto a ello; ni la que sale en lo principal obrar excepcion de cosa juzgada, *l. licet 2. C. de iudic. vbi glos. & caeteri scribentes*, y la *l. si cum tibi 4. C. eodem tit.* no es contraria a esta resolucion, porque procede quando fue el pedimiento prosecucion y sentencia general, como nota la glosa en este texto, verbo, *non posse*, y en este caso fue limitada la demanda y prosecucion del pleyto, sin que se tratasse del mayorazgo del dicho don Francisco que se pretende agregado, y assi no se puede tener por deduzido, ni comprehenderse en la sentẽcia, como en terminos resuelve el señor Salgado *4. part. cap. 10. num.* 124. porque auiendo fundado en los numeros precedentes, que el juyzio y sentencia sobre lo principal comprehende lo accessorio y dependiente, declara, que esto se deue entender con calidad que se aya tratado de ello, y que sea la demanda y juyzio general, y no limitado, ibi:

ibi: *Cum hoc tamen temperamento, vt illæ pertinentiæ saltim in genere sint anteà petita.* Y lo mismo resuelve en la misma *4. part. cap. 9. num. 8.* y en el *num. 33. cum sequentibus, & num. 115.* faciunt tradita per Dom. D. Francisc. de Amaya *in l. fin. C. de apochis publicis, lib. 10. à num. 6.* vers. *Nihilominus tamen.*

43 ¶ De todo lo qual resulta, que la sentencia de vista contiene las dos nulidades que se han fundado: la primera, de no auerse substanciado con parte legitima: y la segunda, en quanto a el mayorazgo que fundò el dicho don Francisco, por no auerse comprehendido en la demanda y discurso de el pleyto, ni auerse conocido de los meritos de el, ni defendidole la dicha doña Catalina.

44 ¶ Estas dos causas de nulidad se deuen declarar antes de determinar el pleyto en lo principal, porque se han reservado para difinitiua. La segunda causa de nulidad, de auerse determinado en quanto a el mayorazgo de el dicho don Francisco por auto despachado sin embargo en veynte y vno de Março de 45. Y la otra causa de nulidad, de ser menor la dicha doña Catalina, por auto de diez y siete de Iulio de el dicho año de 45. despachado assimesmo sin embargo. Y despues en veynte y seys de Setiembre de 45. se insistiò por la dicha doña Catalina en que se declarasse sobre la dicha nulidad antes de verse el pleyto en difinitiua. Y en diez y seys de Otubre se recibiò el pleyto a prueua sobre la menor edad de la dicha doña Catalina, la qual se verificò bastantemente, y se comprouò la fee del bautismo, y se concluyò sobre la dicha nulidad. Y despues por auto de catorze de Diziembre de 45. se mandò lleuar el pleyto a la Sala para verlo sobre el articulo que estuuiesse concluso, y que se despachasse sin embargo de suplicacion, y se ha visto sobre la dicha nulidad, la qual aunque se aya reseruado para difinitiua, por la disposicion de la *l. 4. tit. 17. lib. 4. Recopilat.* se deue determinar ante todas cosas, vt ex *l. 1. C. si quis aliquem testar. prob. l. si cum testibus, C. de ordin. cognit. l. quoniam, C. ad leg. Iul. de adulter. l. Præsens, C. ad leg. flauiam, l. si quis libertatem, ff. de petition. hæreditatis, §. præiudicialis. Instit. de actionib.* ex alijs tenet Dom. Salgado *2. part. cap. 18. num. 7. 13. & 43.* Gratiano *cap. 170. num. 2. & 3.*

Lo

45 ¶ Lo qual procede mas sin duda en las nulidades que padece este pleyto, porque son de defecto de citacion, por ser la dicha doña Catalina menor, y no estar citada en presencia de su curador, ni auerse defendido cō su assistencia, y lo mismo procede en la nulidad de el mayorazgo de el dicho don Francisco, por no auerse pedido, ni citado, ni defendido en quanto a el, porque estas nulidades que prouienen por defecto de citacion, y defensa, se pueden oponer aunque sea contra sentencia de reuista, sin embargo de la *l. 4. tit. 17. lib. 4. Recopilat.* vt tenent Auendañ. *de secund. supplicat. num. 4.* Azeued. *in dict. l. 4. & 17. lib. 4. Recop. num. 2.* Ioann. Gutierr. *lib. 1. practic. qq. 96. num. 6.* Dom. Paz *de tenuta 1. part. cap 14 numero 8.* el señor don Francisco de Amaya *in l. vnica, num. 8. C. de sententiis aduersus Fiscum, lib. 10.* cum alijs Torreblanca *de iure spirituali, lib. 15. cap. 12. à num. 7.* Y en terminos de estatuto que excluye la nulidad, que no se entienda la que prouiene ex defectu citationis, tenent Ancharran. *cons. 211. num. 4.* cum alijs Dom. Salgad. *4. part. cap. 3. nu. 124. de Reg. protect.* Lo qual procede quando la citacion es nula, e inualida, como fue la que se hizo a la dicha doña Catalina, como se fundò en la primera causa de nulidad, porque tiene la misma nulidad que si no se huuiera hecho la citacion, vt tenent Roland *cons. 29. num. 39. vol. 1.* Ioann. Gutierr. *lib. 1 pract. q. 96. n. 6. vers. Idem cum aliis,* Torrebl. *vbi proximè, à n. 13.*

46 ¶ La misma resolucion procede en la nulidad que prouiene de defecto de poder que se admite, aunque sea contra sentencia de reuista, vt tenent Dom. Salgado *de Reg. protect. 4. part. cap. 3. num. 122. cum tribus seqq. & cap. 7. à num. 125.* Torreblanca *vbi proximè, num. 33.* Y assimismo se ajusta a este caso por no auer auido curaduria, ni poder legitimo de la dicha doña Catalina.

47 ¶ Y es precisa la determinacion sobre las dichas nulidades, porque si se confirmasse la sentencia en reuista, tendria la misma nulidad que la sentencia de vista, vt in terminis ex *cap. 1. cap. dilecto, cap. examinata de confirmat. vtili, vel inutili,* ex Rota, Molin. Salgado, Gonçalez, & Vantio, tenet Torreblanca *vbi proximè, à num. 93.* Por lo qual se deue determinar en la dicha nulidad ante

todas cosas en fauor de doña Catalina.

ARTICVLO SEGVNDO.

48 ¶ En caso que este pleyto se deua determinar en lo principal, sin embargo de las nulidades propuestas en el primer articulo, se ha de declarar a la dicha doña Catalina por sucessora en el mayorazgo que de el tercio de sus bienes fundò la dicha doña Gracia, porque es la legitima sucessora, como se fundarà en este articulo.

49 ¶ Y para que esto se conozca, se referirà la clausula en que consiste la controuersia, que es del tenor siguiente.

50 ¶ *Y el dicho don Francisco mi hijo goze durante su vida de los dichos bienes, y renta de ellos, y en fin de sus dias suceda este dicho vinculo en su hijo varon mayor, y no teniendo hijo varon, suceda en hembra la mayor, con que sean de legitimo matrimonio, y no de otra manera, y no teniendo hijos de legitimo matrimonio el dicho don Francisco, ò hijas, segun dicho es, suceda este vinculo y mayorazgo en don Andres de Ahumada mi hijo legitimo, y por fin del en su hijo, ò hija mayor, por la misma orden, prefiriendo siempre el varon a la hembra, aunque sea menor el varon de ambos a dos.*

51 ¶ *Y no teniendo hijos los dichos don Francisco y dō Andres de legitimo matrimonio, este vinculo suceda en el hijo segundo de don Iuan de Ahumada mi hijo, con que se nombre del apellido de Mendoça y Ahumada. Y si el dicho don Iuan de Ahumada mi hijo no tuuiere mas que vn solo hijo varon, este varon lo aya y herede este dicho vinculo, con que qualquiera sucessor que por este orden suceda dexe el dicho vinculo a su hijo segundo. Por manera, que en qualquiera tiempo que por falta de hijos legitimos de los dichos don Francisco y don Andres viniere este vinculo a el hijo mayor de el dicho don Iuan de Ahumada mayor, que tuuiere por falta de segundo, este mayor dexe este dicho vinculo a el hijo segundo que tuuiere, con que se nombre de el apellido de Mendoça Ahumada, y no de otra manera; y por este mismo orden si por falta de hijo segū do de el dicho don Iuan de Mendoça, y sus sucessores viniere en la persona que huuiere los mayorazgos de mi padre, y abuelos, y suegro, el tal sea obligado a dexarlo a su hijo segundo en qualquier tiē po que lo huuiere. Y esto todo se entiende muriendo los dichos don*

Fran-

Francisco, e don Andres sus hijos legitimos, porque teniendoles qualquiera de ellos, ò sus descendientes, ha de suceder en los hijos varones mayores que tuuiere.

52 ¶ Supuesta esta clausula, parece que don Francisco de Ahumada, primero llamado por la dicha doña Gracia, sucedio en este vinculo del tercio de sus bienes, y estandolo posseyendo murio don Iuan de Ahumada, hijo mayor, sin hijos y descendientes, y por esta causa sucedio el dicho don Francisco en el mayorazgo que posseia el dicho don Iuan, hijo primogenito, y tuuo el dicho don Francisco por hijo mayor a don Francisco Fernando de Ahumada y Mendoça, padre de la dicha doña Catalina, Rea del pleyto, y por hijo segundo a don Diego de Ahumada, que es Actor.

53 ¶ El qual pretende, que por auer sucedido el dicho don Francisco su padre, y abuelo de la dicha doña Catalina, en el mayorazgo que posseia don Iuan de Ahumada, hijo primogenito, deuio dexar el mayorazgo del tercio de los bienes de la dicha doña Gracia a su hijo segundo, que es el dicho don Diego, y que es incompatible con los mayorazgos que posseia el dicho don Iuan, y en que ha sucedido, y possee la dicha doña Catalina, por estar en la clausula que se ha referido, prohibida la junta destos mayorazgos, y que assi es el legitimo sucessor.

54 ¶ El dicho don Francisco de Ahumada Luzon, opositor en este pleyto, conuiene con la pretension del dicho don Diego de Ahumada, en quanto que el mayorazgo del tercio de los bienes de la dicha doña Gracia es incompatible con el mayorazgo que posseia el dicho don Iuan, hijo primogenito, y pretende que la incompatibilidad se causò a el tiempo que don Francisco de Ahumada, primero llamado en el mayorazgo de la dicha doña Gracia, sucedio en el mayorazgo que posseia el dicho don Iuan, hijo primogenito, y que en este tiempo el dicho don Francisco no estaua casado, ni auia nacido el dicho don Diego, y que el sucessor en el mayorazgo del tercio de los bienes de la dicha doña Gracia, respecto de la dicha incompatibilidad, fue don Andres de Ahumada, segundo llamado por la dicha doña Gracia, padre del dicho don Francisco de Ahumada Luzon, y que se le adqui

rio la sucession, y quedò radicada en la linea de el dicho don Andres, de quien es hijo primogenito el dicho don Francisco, y assi le pertenece.

55 ¶ La dicha doña Catalina, posseedora deste mayorazgo excluye a ambos litigantes, por los fundamentos siguientes.

56 ¶ El primero, porque no llegò el caso en q̃ la dicha doña Gracia dispuso que en este mayorazgo sucediesse el hijo segundo, porque fue en caso que entrasse el mayorazgo en la linea de don Iuan de Ahumada, hijo primogenito, como consta de la clausula referida supra *num.* 51. ibi: *Y no teniendo hijos los dichos don Francisco, y don Andres de legitimo matrimonio, este vinculo suceda en el hijo segundo de don Iuan de Ahumada.* Y lo mismo repite en el discurso desta clausula, lo qual no se verificò, porque el dicho don Francisco, primero llamado, tuuo hijos y descẽdientes, y no entrò este mayorazgo en la linea del dicho don Iuan, y assi no se puede extender la disposicion a otro caso, porque es odiosa, y contra derecho, respecto de contener exheredacion de los primogenitos, *l. cum quidam* 19. ibi: *Exhæredationes autem non esse adiubandas, ff. de liberis & posth.* cum pluribus Farinac. *in fragment. verbo, Extensio, num.* 73. 74. *&* 75. & in terminis tenent Socin. senior *cons.* 259. *num.* 3. *lib.* 2. Roland. à Valle *cons.* 59. *vol.* 3. *num.* 52. *cum seqq.* vbi inquit; quod hæc dispositio pęnalis non recipit interpretationem extensiuam, seu similitudinariam, Natta *cons.* 678. *num.* 38. *lib.* 4. Decian. *cons.* 4. *per totum, lib.* 2. Ponte *cons.* 4. *à num.* 50. *lib.* 1. Thesaur. *decis.* 270. *num.* 3. *in fin.* Dom. Molin *lib.* 2. *cap.* 14. *num.* 46. *vers. Sed cum familiarum in fin.* vbi eius Addition. idem Dom. Molin. *lib.* 1. *cap.* 9. *num.* 10. Gama *decis.* 27. *num.* 2. vbi eius Additionat. Flores de Mena plures refert Peregr. *cons.* 70. *num.* 20. *&* 21. *lib.* 3. *& cons.* 57. *num.* 18. *lib.* 4. Mier. 2. *part. quæst.* 6. *num.* 103. in antiqua impressione, ibi; *Ex quorum resolutione infertur, quod cum masculis in eodem gradu secundum ius, & Hispaniæ, & aliarum gentium consuetudines excludat fœminam etiam primo natam, si fortè testator exclusit primogenitũ à maioratu, si ipse primogenitus alium maioratum haberet, & incluserit secundo genitum, vel fœminas cum sit contra ius commune non porrigitur vltra casus, & personas expecificatas, & in noua*

impres-

impressione à num. 499 cum sequentibus. D. Castill. *lib.* 3. *c.* 15. *à n.* 21.

57 ¶ A lo qual no obstan las palabras de la clausula referida supra num. 51. ibi: *Conq qualquiera sucessor que por este orden.* Et ibi: *Por manera que en qualquier tiẽpo.* Et ibi: *Por este mismo orden;* por las quales se pretende que la fundadora dio regla para todos los casos en que sucediesse, que su mayorazgo se juntasse con el que posseia el dicho don Iuan hijo primogenito, y que assi se deue entender en este caso en que ay la misma razon, y està dispuesto por regla, ex ijs quæ refert Dom. Castill. *lib.* 6. *cap.* 181.

58 ¶ Porque se responde, que la dicha doña Gracia no amplió su disposicion a otro caso alguno mas de el que se ha referido, ni las palabras de la clausula, q por parte del dicho don Diego se ponderan, citadas en el numero precedente, pueden seruir de regla para ampliar la disposicion.

59 ¶ Lo qual se conoce de todo el cõtexto de la clausula que se deue examinar junta para colegir su verdadero sentido, *l. Mæuia, ff. de manumiss. testamẽt* porque todas las palabras della de que se pretende valer el dicho don Diego estan puestas para el caso referido, de que este mayorazgo entrasse en la linea del dicho don Iuan hijo primogenito por falta de el dicho don Francisco y dõ Andres primeros llamados, y sus hijos y descendientes, lo qual manifiesta literalmente la clausula referida supra num. 51. ibi. *Y no teniendo hijos los dichos don Francisco, y don Andres de legitimo matrimonio, este vinculo suceda en el hijo segundo de don Iuã de Ahumada.* Y las palabras que despues se siguen en la clausula, ibi: *Conque qualquiera sucessor que por este orden suceda dexe el dicho vinculo a su hijo segundo,* no denotan regla perpetua de incompatibilidad en todos los casos, y llamamiento de hijo segundo, porque auia antes dispuesto la fundadora, que si el mayorazgo entrasse en la linea de don Iuan hijo primogenito, sucediesse el hijo segundo, y que si el dicho don Iuan no tuuiesse mas que vn solo hijo varon, huuiesse el mayorazgo. Y luego inmediatamente pone las palabras: *Conque qualquiera sucessor que por este orden suceda dexe el dicho vinculo a*

su hijo segundo. Para denotar, que en el caso de entrar el mayorazgo en la linea de don Iuan hijo primogenito, y no auer mas de vn hijo, pudiesse tener el mayorazgo, y dexarlo a su hijo segundo, quia illa verba, *por este orden*, son repetitiuas de la inmediata disposicion precedente, *l. Lucius 78. §. quæ habebat, ff. ad Trebellian. l. pluribus 140. ff. de verbor. obligat. l. à filio a 5. §. testator, ff. de adimend. legat. l. ait Prætor, §. si iudex, ff. de re iudicat. l. in summa eodem, l. qui liberis 8. ff. de vulgar. l. 1. §. illud tamen, ff. de aqua quoti l. & æstiu. Authent. de hæredib. & falcid. §. si quis autem non imples, verf. Si vero nulla el 2. l. 3. §. eodem modo, vbi glos. ff. nautæ caupon. & stabul.* Bart. *in l. si quis seruum, §. final. ff. de legat. 2. & in l. 1. §. ex hoc ædicto, in fin. ff. de postuland.* y declaran la voluntad de la fundadora, que quiso que se guardara lo que dexaua dispuesto en el hijo mayor del dicho don Iuan hijo primogenito, caso que el mayorazgo entrasse en su linea, sin q̃ se hiziesse extension a otro caso alguno, vt ex pluribus tenet Casanat. *cons. 4. num.* 145. ibi: *Quinta restrictio sumitur ex illis verbis in fine vinculi adiectis. Según la forma y orden susodichas, quæ declarant mentem testatoris, vt velit formam, & ordinẽ supra dictum protinus obseruari omni prorsus extensione explosa.* Et ibi: *Quia stant illatiuè ad præcedentia tantum, & ad casum formaliter expressum; & declarant secundum præcedentia tantũ dispositionem limitari, & restringi: itaut vltra casum expressum non extendatur, & cons. 45. à num. 151. cum sequentibus.* Domin. Molin. *lib. 3. cap. 5. num.* 66. donde auiendo puesto el efecto de estas palabras, nota q̃ no se ha de repetir por ellas, ni añadir calidad alguna a las substituciones particulares, ibi: *Ideoque melius est hac clausula apposita, nihil aliud circa particulares substitutiones super addere.* Et ibi Additionator. dicunt: *Quod relatio in hac specie fiere debeat ad expressa, & quæ oculis corporeis legi possunt:* nota en terminos esta clausula, para que no se amplie la incompatibilidad, ni el llamamiento del hijo segundo, sino se limite a el caso expresso, el señor don Iuan del Castillo *lib. 6. c. 181. nu.* 37. vbi alios refert, Zeuall. *q.* 828. *n.* 98.

66 ¶ El mismo concepto que se ha fundado, y que denotan las palabras referidas, declaró inmediatamente la fundadora en las palabras siguientes de la clausula, y que no hazia regla perpetua para toda la sucession

ssion, sino solo disponia para en caso que su mayorazgo entrasse en la linea de don Iuan hijo primogenito, porq̃ auiendo ordenado, que si el dicho don Iuan no tuuiesse mas de vn hijo, *este tuuiesse el mayorazgo, cõ q̃ qualquiera sucessor que por este orden suceda, dexe el dicho vinculo a su hijo segūdo.* Pone inmediatamente la clausula, *por manera*, en que declara la inteligencia referida, y limitacion al dicho caso, ibi: *Por manera, que en qualquier tiempo que por falta de hijos legitimos de los dichos don Francisco y don Andres viniere este vinculo al dicho hijo mayor de don Iuan de Ahumada mayor que tuuiese por falta de segundo: este mayor dexe este dicho vinculo al hijo segundo que tuuiere.* Palabras en que expressamente declarò la fundadora, que en el caso que hazia llamamiento de hijo segundo, era quando el mayorazgo entrasse en la linea de don Iuan hijo primogenito, y que esso denotauã las palabras, *conque qualquiera sucessor que por este ordẽ suceda,* y no regla perpetua para todos los casos, y demas de estar clara la voluntad de la fundadora, la propia significacion de las palabras de que vsò en el principio de la clausula denotan lo mismo, quia illa verba, *por manera,* no diuersifican caso ni personas, si no prueuan continuacion del mismo caso, Dec. *cons.* 226. *num.* 6. Alciat. *cons.* 44. *n.* 3. *lib.* 9. Ruin. *cons.* 184. *num.* 5. *&* 6. *lib.* 1. Decian. *cons.* 7. *nu.* 62. *lib.* 1. Hippolyt. Rimin. *cons.* 782. *num.* 51. *&* 52. *volum.* 7. Rota diuers. *decis.* 37. *num.* 3. *lib.* 2. D. Castill. *lib.* 6. *c.* 181. *n.* 37.

61 ¶ Y lo mismo procede en la clausula vltima: *Y por este mismo orden, si por falta de hijo segundo de el dicho don Iuan y sucessores viniere en la persona que huuiere los mayorazgos de mis padres y suegros, el tal sea obligado a dexarlo a su hijo segundo en qualquier tiempo que lo huuiere.* En la qual la fundadora continuò el mismo intento, limitando la disposicion a el dicho caso, declarandolo en las palabras, *y por este mismo orden*, que son limitatiuas de el caso expresso, vt supra num. 59. dictum est. Y para no dexar razon de dudar en este punto, puso la clausula final, ibi: *Y esto todo se entiende muriendo los dichos don Francisco, e don Andres sin hijos legitimos.* Por lo qual parece, que es sin duda que la disposicion del llamamiento de hijo segundo està limitada al dicho caso de entrar el mayorazgo en la linea del dicho

don

don Iuan hijo primogenito, y que no se puede extender a otro alguno.

62 ¶ A la limitacion que se ha fundado, que tiene la dicha clausula, que es, si el mayorazgo entraua en la linea de don Iuan hijo primogenito, no es contraria la resolucion del señor don Iuan del Castillo *lib. 6. c. 181. per totum*, donde funda, que el llamamiento de hijo segundo se ha de repetir, porque en el principio de este capitulo desde el num. 1. pondera, que en primero lugar se atienda a la voluntad del fundador, y que si la disposicion contiene limitacion no se ha de ampliar, porq̃ pudo en vn caso llamar a los hijos primogenitos, y despues a los segundos; y atendiendose como se deue a la clausula de la dicha doña Gracia, se hallarà limitada solo a el caso referido. Y en el num. 3. refiere el señor don Iuan del Castillo el principal fundamento de su resolucion, que es quando la razon de llamar a el hijo segundo es general, por estar prohibido el concurso con otro mayorazgo, por regla perpetua y absoluta, que comprehẽde a todos los sucessores, el qual funda hasta el num. 8. y en este numero pondera, que no ha de auer otra razõ. Y en el num. 9. pondera tambien, que fue real la prohibicion, todo lo qual cessa en este caso, antes ay limitacion a el caso referido, declarada por toda la clausula, y las mismas que se ponderan por parte del dicho dõ Diego prueuan mas la limitacion de la disposicion, y con ellas el señor don Iuan del Castillo siente, que la disposicion no se puede extẽder a otro caso mas de a el expresso, como funda en el num. 37. conque en los terminos de nuestra clausula es preciso reconocer la limitacion q̃ tiene el llamamiento de hijo segundo, que es en el caso que no sucediò de entrar el mayorazgo en la linea de el dicho don Iuan hijo primogenito.

63 ¶ El segundo fundamento es, quãdo la disposicion de la dicha doña Gracia se pudiesse extender a otro caso alguno, y no estuuiesse limitada. En los terminos deste pleyto no se puede juzgar por prohibido el cõcurso destos mayorazgos, ni que ay incompatibilidad alguna, porque es hecho cierto, que por muerte de doña Gracia sucediò don Francisco de Ahumada su hijo primero

mero llamado en este mayorazgo del tercio de sus bienes, sin que entonces tuuiesse impedimento alguno para la sucessiō, y estando posseyendo este mayorazgo murio don Iuan de Ahumada, hijo primogenito, y sucedio el dicho don Francisco en el mayorazgo de el dicho don Iuan, que es quando se pretende que el dicho don Francisco perdio el mayorazgo de la dicha doña Gracia, por auer acetado el de el dicho don Iuan, que era incompatible con el de la dicha doña Gracia, *ex Clementin. gratiæ de rescript. & ex ijs quæ referunt* el señor Presidente Valençuela *conf.* 83. *à num.* 40. Dom. Castillo *lib. 6. cap.* 178. *n.* 15. el señor don Iuan de Larrea *decis.* 51. *n.* 32. 64. ¶ Y en estos terminos no se puede considerar prohibido el concurso, ni que se causò incompatibilidad, porque aũque se juzgue por incompatible el mayorazgo de la dicha doña Gracia estando adquirido por el dicho don Francisco en tiempo legitimo, y que no posseia mayorazgo alguno, por cuyo respeto se pudiesse dezir incompatible, y aunque despues lo adquiriesse no pierde la sucesion del primero mayorazgo, porque para la incompatibilidad se ha de atender a el tiempo de la sucession, y si a este tiempo no la ay, aunque despues sobreuẽga, se retiene la sucession de el primer mayorazgo q̃ se pretende es incompatible, por estar adquirido en tiempo habil, y la del segundo mayorazgo que despues sobreuiene, porque no tiene incompatibilidad alguna con el primero, porque en los mayorazgos tempore succesionis, habilitas consideranda est, *l. si cognatis ff. de rebus dubijs*, vbi Bart. *l. interuenit, ff. de leg. præstand.* cõsiderando el principio de la existencia de la condicion, ò grauamen, Bald. *in l. precibus, num. 6. C. de impub. & alijs subst. & in Authent. sed & si quis, num. 6. C. de secund. nuptijs*, Aluano *conf.* 106. *num.* 12. Menoch. *conf.* 556. *num.* 14. *etiam si ex post facto non duret, l. si quis hæredem 7. C. de instit. & subst.* & præcedens, neque sequens inhabilitas in considerationem non habetur, *l. intercidit, ff. de condit. & de monstr.* quia quando ex existentia causæ alicui ius fuit quæsitũ non erit eo iure priuandus, etiam si causa defecerit, *l. post mortem, §. 1. l. non putauit, §. sed si post, ff. de bonor. possess. contra tab.* cum actus semel perfectus non vitietur, etiam si

deueniat ad casum á quo incipere non posset, *l. pluribus, §. & si placeat. ff. de verb. obligat. l. vt ponum, §. 1. ff. de seruit. cap. factum legitimè, de reg. iur. in 6. l. in ambiguis 86. §. non est nouum, ff. eodem.*

65 ¶ Prueuase en terminos esta resolucion, ex *l. sciendum, §. vlt. ff. qui satisdare cogantur*: vbi si qualitas inhabilitans á principio non interuenit, sed postea superuenit adquisitione iuris iam delati non impedit, ex *l. si seruum, §. Prætor ait, vers. Hæc verba, ff. de adquirend. hæredit.* vbi si filius amoueat, vel amouere faciat aliquid de hæreditate, non habeat beneficium abstensionis, si tamen prius abstinuit, & postea rem hæreditariam amoueat, non priuatur abstensione prius, & tempore legitimo facta, Gamm. *decis. 27. per totum, nu.* 5. ibi: *Et ideò Emanuel de Faria, qui legatum prædi, salinarum consequutus fuit tempore habili, non videtur illum amisisse propter superuenientem delationem maioratus sancti Ioannis, sufficit enim, quod qualitas requisita adsit tempore delationis.* Y aunque refiere algunas razones en contrario, dize que se decidio por esta opinion *num.* 8. *vers. Cum igitur, vsque in finem decisionis*, Mier. *de maiorat. part. 2. quæst. 6. in antiqua impressione, nu.* 48. *vers. Infertur etiam*, ibi: *Quod si testator exclusit à maioratu filium primogenitum habentem alium maioratum, & vocauit secundo genitum, si maioratus perueniat ad secundo genitum mortuo vltimo possessore, & postea frater maior primogenitus defunctus sit absque liberis, ob quod maioratus perueniat ad secundo genitum tenentem alium maioratum, non excluditur á tali maioratu, quia considerari debet tempus prioris successionis, & in noua impressione á num.* 163 *vsque ad* 213. Prædictam resolutionem tenet, & latè comprobat Dom. Castillo omnino videndus, *lib. 3. cap. 15. á num. 2. vsque ad* 20. vbi plura iura & DD. refert.

66 ¶ A esta resolucion no pueden hazer oposicion alguna los lugares qne se refieren supr. *num.* 63. porque todos proceden en terminos que a el tiempo q̃ se difirio la sucesion del mayorazgo incompatible, estaua el opositor que se pretendia admitir a la sucesion incapaz della por posseer otro mayorazgo, con el qual estaua prohibido el concurso, como manifiestamente se colige de la decision de la *Clementina gratiæ de rescript.* y

de

de los fundamentos que alega el señor Presidente Valençuela *dict.cons.* 83. porque el primero es el referido, videlicet, quod tempore successionis in oppositore nõ erat habilitas ad succedendum, *num.* 3 ibi: *Quando euenit casus succedendi in illa de Tututepeque per mortẽ do nini D. Petri Laurentij, qui possidebat ea m, quod tempus est, quod consideratur à iure ad colligendum si est habilis, qui succedere vult, l. 2. §. in filijs, ff. de decurionib. l. intercidit, ff. de condit. & demonstrat. l. interuenit, ff. de leg. præstand.* Dom. Castill. *dict. cap.* 178. *num.* 2. *vers. Multum,* Dom. D. Ioann. de Larrea *dict. decis.* 51. *num.* 32.

67 ¶ Y supuesto que en este caso el dicho don Francisco entrò en la sucessiõ de el mayorazgo que se litiga legitimamente, y sin impedimento alguno conseruò para si y sus descendientes esta sucession, aunque despues adquiriesse el mayorazgo del dicho don Iuan.

68 ¶ Con esta disposicion de derecho se conformò la fundadora en su testamento, y assi solo dispuso la incompatibilidad en el caso que se ha referido de que fuesse a parar su mayorazgo à la linea de don Iuan, hijo primogenito, como de la misma clausula se prueua, ibi: *Por manera, que en qualquier tiempo que por falta de hijos legitimos de los dichos don Francisco y don Andres viniere este vinculo a el dicho hijo mayor de don Iuan,* y de las demas palabras de la clausula que se han referido supr. *num.* 51. con que se haze mas preciso este fundamento, porque aun en caso de duda se presume que el testador se conformò con la disposicion de derecho, *l. liber homo, §. decem, ff. de verbor. obligat.* vbi notat Aretin. *num.* 3. Bald. in *l. vnica, §. videamus, num.* 4. *C. de rei vxoriæ action.* Hieron. Gabriel *cons.* 59. *num.* 3. *vol.* 2. Crauet. *cons.* 379. *num.* 19. *vol.* 4.

69 ¶ El tercero fundamento es, que demas de auer limitado la fundadora el llamamiento de hijo segundo a el caso referido, de que su mayorazgo fuesse a parar a la linea de don Iuan, declarò expressamente que no se entendia con los dichos don Francisco, y don Andres, primeros llamados, ni con sus hijos, ni descendientes, porque en estas dos lineas siempre auian de suceder los hijos primogenitos.

70 ¶ Esta declaracion està euidente en la clausula referida supr. *num.* 50. porque auiẽdo en ella la fundadora dispuesto la sucessión regular en don Francisco de Ahumada, y en sus hijos y descendientes, y en dõ Andres, y sus hijos y descendientes con la prelacion ordinaria de mayor a menor, y de varon a hembra, llega luego en la clausula que se refiere supr. *num.* 51. a hazer llamamiento en el hijo segundo de don Iuan, y entra en ella declarando como ha de ser no teniendo hijos los dichos don Francisco, y don Andres: y en medio de la clausula buelue a hazer la misma declaracion, ibi: *Por manera, que en qualquier tiempo que por falta de hijos legitimos de los dichos don Francisco, y don Andres viniere este vinculo a el hijo mayor de don Iuan.*

71 ¶ Y por no dexar la fundadora razon alguna de dudar, lo boluio a declarar en el fin de la clausula, despues de auer puesto todas las palabras de que la parte del dicho dõ Diego se vale para la incompatibilidad, y estas palabras finales estan con tan expressa declaracion que no reciben duda alguna, ibi: *Y esto todo se entiende, muriendo los dichos don Francisco, e don Andres sin hijos legitimos, porque teniendolos, qualquiera dellos, o sus descendientes ha de suceder en los hijos varones mayores que tuuiere.*

72 ¶ Estas palabras quitan qualquiera duda a este pleyto, pues declara la fundadora, que todo lo q̃ dexa dispuesto cerca de la incompatibilidad, y de el llamamiento de hijo segundo, *se entiende muriendo los dichos don Francisco, y don Andres sin hijos*, porque esto prueuan las palabras desta clausula final, ibi: *Y esto todo se entiende*, porque son vniuersales, y comprehenden todo lo referido en la clausula antecedente sin excluyr cosa alguna, *l. Iulianus, in princip. ff. de legat.* 3. cum concordantib. quæ refert Barbos. *axiom.* 168. *num.* 1.

73 ¶ Y para que se conociesse con mas euidencia el concepto de la fundadora, que en estas dos lineas de don Francisco y don Andres auia de ser la sucessión regular, y suceder sus hijos primogenitos en este mayorazgo, sin embargo de qualquiera concurso de otro mayorazgo puso inmediatamente las palabras siguientes, ibi: *Porque teniendolos qualquiera dellos, ò sus descendientes, ha de*

de suceder en los hijos varones mayores que tuuiere. Palabras en que se deue hazer mucho reparo, porque en la clausula referida supra num. 50. estaua dispuesta la sucession regular en los hijos mayores de don Francisco y don Andres con palabras dispositiuas y separadas, que no necessitaua de boluerse a repetir, y assi el auer dispuesto la fundadora en esta clausula vltima, que sucediesse el mayorazgo *en los hijos mayores varones que tuuiere* don Francisco, y dõ Andres, ò qualquiera dellos, o sus descẽdientes, fue para declarar, q̃ aunque en ellos se jũtasse el mayorazgo del dicho don Iuan, auian de suceder *los varones mayores*, y de otra forma fueran estas palabras superfluas y sin efecto, quod intelligi non debet, *l. si quando, ff. de leg.* 1. cum alijs, quæ refert Barb. *axiom.* 222. *n.* 11.

74 ¶ Contra este tercero fundamento se opone, que el mayorazgo se fundò en el dicho don Francisco por ser hijo segundo, y despues se llamò al dicho don Andres hijo tercero, y que no se llamò a don Iuan de Ahumada hijo primogenito, por estar acomodado con el mayorazgo principal, y que todas estas razones militã en este caso, para que auiendo sucedido el dicho don Frãcisco en el mayorazgo principal, se entiẽda repetida en el la incompatibilidad y llamamiento de hijo segundo, ex ijs quæ tenent Alciat. *resp.* 101. *in fine, lib.* 9. Menoch. *cons.* 97. *n.* 90. *lib.* 1. Flores de Mena *in addition. b. ad decis.* 27 *de Gamm. in fin.* D. Castill. *lib.* 6. *cap.* 181. *à n.* 3. cum pluribus seqq.

75 ¶ A lo qual se responde. Lo primero, que en quanto a las lineas de don Francisco y don Andres ay disposicion expressa de la fundadora para que sucedan los hijos primogenitos, y que en ellos no se entienda la clausula que dispone cerca del llamamiento del hijo segundo, como se ha fundado supra á num. 70. y auiendo en la fundacion voluntad de la fundadora expressa, o cõjecturada, se deue estar a ella sin tratarse de hazer extension, ni repeticion de calidad alguna, como en terminos funda el señor don Iuan del Castillo *dict. cap.* 181. *num.* 1. donde haze mucho reparo en que se atienda a las circũstancias de la disposicion, para que de qualquiera forma que se conozca la voluntad del fundador se obserue,

porque esta tiene primero lugar en todas las disposiciones, *l. in conditionibus primum locum, ff. de condit. & demonstat.* y ajustada la disposicion de la dicha doña Gracia con todas las clausulas que se han ponderado como se deue, parece que está su voluntad clara para que no se entienda en las lineas de don Francisco y don Andres prohibido en el concurso de estos mayorazgos, ni repetido el llamamiento de hijo segundo, sino que ayã de suceder los hijos primogenitos.

76 ¶ Respondese lo segundo, que en las personas de don Francisco, y don Andres, y sus hijos y descendientes, es cierto y constante de la clausula, que no está en ellos prohibido el concurso de estos mayorazgos, ni repetido el llamamiento de hijo segundo; y quando no huuiera declaracion de la fundadora de que en estas dos lineas no se entendiera prohibido el cõcurso el no estar dispuesto, y repetido en ellas, es bastãte para que se juzgue la sucession por regular, y que no se haga extension de lo que se dispuso respeto de don Iuan hijo primogenito y en su linea, *ex l. quæ cõditio, ff. de condit. & demonstrat.*

77 ¶ Y aunque se pretenda que ay la misma razon en don Francisco y sus descendientes, por auer sucedido en el mayorazgo principal, que es la que huuo en don Iuan hijo primogenito, para prohibir el concurso, como se manifiesta de las conjecturas ponderadas supra num. 74. que refiere el señor don Iuan de el Castillo *d. c. 181.*

78 ¶ No puede esto ser bastante para que se extienda esta disposicion a el dicho don Francisco y sus descendiẽtes, porque es odiosa, penal, y correctoria del llamamiento regular, que por derecho, y la disposicion de doña Gracia tienen los primogenitos de don Frãcisco, y en estos terminos no se puede hazer extension de persona a persona, y aun auiendo calidades para que se haga de casu ad casum, que en este pleyto no las ay, como se dixo en el primero fundamento, no son bastantes para que se haga de persona ad personam, *l. multa, l. in testamento 31. l. pater seuerinam 100. ff. de condit. & demonst. l. sub conditione 73. ff. de hæredib. instit. l. 2. §. illud, ff. de legat. 3. l. cum quidam 24. ff. de liber. & posthum. l. Celsus 29. §. quod alicuius, ff.* de-

de legat. 2. l. si plures 96. in fin. vbi glos. verbo, debet, ff. de legat. 3. l. si quis ita, §. penult. ff. de testament. tutela. glos. verbo, *in eisdem, in clement. 2. de ætate & qualitat glos. etiam in l. Titius*, verbo, *oportere, ff de lib. & posthum.* Aretin. *in l Gallus, §. & quid si tantum, columna 3. ff. de lib. & posthum cum aliis pluribus, quæ refert Dominus Molin. lib. 1. cap. 4 num. 4.* Y en el num. 25. aunque admite la extension de persona ad personã, es en materia fauorable, y no en materia odiosa, y en esta forma concilia las opiniones de los Doctores, vers. *Imò*, ibi: *Dispositio facta contra regulam iuris in vna persona non trahitur ad aliam, in qua est eadem ratio*, idem Dom. Molin. *lib. 3. cap. 5. num.* 18. donde requiere para poder hazer extension por militar la misma razon que sea expressa en la disposicion. Y en el num. 23. nota la dificultad cõque se admite la extension, *ex ratione expressa, vel subintellecta*, en materia correctoria, y que vió que los juezes no la admitian, y assi pone quatro calidades, que ninguna se ajusta a el caso, y assi no procede la extension que se pretende hazer, y los Adicionadores *dict. lib. 1. cap. 4. num. 4. & lib. 3 cap. 5. num.* 18. refieren otros Doctores, Casanat. *cõs. 55. n. 34. & 36.* Mier *2. p. q. 4. illat. 8. à nu.* 207. Farinac. *in fracment.* verb. *extensio, n. 73 74. & 75. & à n. 144. & à n.* 277. donde funda, que aunque se haga extension *ex idẽtitate rationis de casu ad casum*, no se puede hazer *de persona ad personam, & n. 281. & 284* vbi loquitur in correctorijs, aut pœnalibus.

79 ¶ Lo mismo fundan en terminos Socin. Sen. *cons. 259. num. 3. lib. 2.* Rolando à Valle *cons. 59. vol. 3. à num. 50. & 52. & 54.* ibi: *Et ratio est, quod dicti casus pœnales sunt stricti iuris, ideo nimirum si non recipiunt interpretationem extensiuã, seu similitudinariã.* Nat. *cons. 678. n. 38. lib. 4.* Deciano *cons. 4. per totum lib. 2.* Ponte *cõs 4 n. 50. lib. 1.* Peregr. *cõs. 70. n. 20. & 21. lib. 3. & cons. 57. n. 18. lib. 4.* Mier *2. p. q. 6. n. 103.* in antiqua impressione, & in noua impressione à n. 499. donde resuelue, q̃ si está excluydo el primogenito que posseyere otro mayorazgo, y llamado el segundo genito, por ser esta disposicion contra derecho comun, *non porrigitur vltra casus & personas specificatas.* Dom. Castill. *lib. 3 cap. 15. à num. 21.* Gamm. *decis. 27. nu. 2.* vbi ita decisum affirmat: y aunque Flores de Mena su adiciona-

cionador no siguió la determinacion que huuo en la decision de Gamma, fue porque como nota in vers. *Ad fine decisionis*, auia clausula general en que prohibia a qualquiera sucessor que no tuuiesse otro mayorazgo, ibi: *Ex eo quod testator onus non habendi duo primogenia, de quibus hic alteri ex nepotibus non nominatim, sed illi qui succederet in illo, quod ipse fundabit, imposuit, & quod non nominauit maiorem ex nepotibus, qui alium primogenium habebat.*

80 ¶ Todo lo qual falta en este caso, porque no ay regla general de que este mayorazgo no se junte con otro, ni declaracion de la fundadora de que no llamó a su hijo primogenito por tener otro mayorazgo, y faltando està razon expressa en la disposicion, se conforma Flores de Mena con la resolucion de Gamma, y que no se puede hazer extension de persona ad personam, como funda en el num. 2. Menoch. *consil.* 97. *nu.* 91. & 92. Dom. Castill. *dict. cap.* 181. desde el num. 3. donde funda la extension por la razon de la fundacion; y en el num. 11. pondera las palabras de la disposició, por dóde prueua la razon que auia expressa en la disposicion para que el mayorazgo no se juntasse con otro, porque no se confundiesse la memoria. Y lo mismo da a entender en el num. 21. y en el num. 24. vers. *Ex quorum resolutione infertur*, funda copiosamente el discurso referido; de que no se pueda hazer extension en esta materia, por ser penal y odiosa, y que la incompatibilidad puesta en vnos grados no se ha de referir a otros. Y en el vers. *Sed prædicta omnia vera ego existimo*, reconoce ser ciertas estas resoluciones, si no huuiere razon en la disposicion que se colija por ella misma, para que se repita y extienda el grauamen. Y lo mismo funda desde el num. 31. refiriendo las reglas que impiden la repeticion el señor don Iuan Baptista de Larrea *decis.* 51. *á num.* 2. *vsque ad* 8. donde refiere fundamentos y Doctores para que no se pueda hazer extension de la disposicion en que se prohibe el concurso con otro mayorazgo, y en el caso que disputa dize, que se determinò ser real la incompatibilidad, porque estaua el grauamen puesto a los bienes, y no a personas ciertas, y que si estuuiera puesto en grados ciertos, no se pudiera hazer extension a otros, como resuelue *nu.* 36. 37.

38.

38.39.& 40. Y supuesto que en este caso no ay razō expressa en la fundacion para excluyr a los hijos primogenitos en la linea de don Francisco, ni dispuesto por regla absoluta y general, que este mayorazgo no se junte con otro, ni el grauamen es real puesto a los bienes: antes ay declaracion de que han de suceder los primogenitos desta linea, se deue obseruar sin hazer extension de lo que se dispuso en caso que el mayorazgo fuesse a parar a la linea de don Iuan, vt notat el señor don Iuan de Larrea vbi proximé, n.40. ibi: *Nisi apertè limitauerit fundator maioratus.*

81 ¶ Lo tercero se responde a la oposicion referida supra num.74. que no se puede hazer extension a la linea de don Francisco y sus descendientes de la disposicion hecha en caso que el mayorazgo fuesse a parar a la linea de don Iuan hijo primogenito, porque el dicho don Francisco y sus descendientes tienen llamamiento regular, como si cada vno estuuiera llamado por su propio nombre, *l. certum est, ff. si certum petatur, l. nominatim, ff. de condit. & demonstrat. l. 2. ff. de liber. & posth. l. 3. tit. 7. part. 6.* Peregrin. *art. 21. num. 34.* Menoch. *cons. 173. à num. 2. lib. 2.* Dom. Castill. *tom. 6. cap. 129. n. 20.*

82 ¶ Y estando llamados el dicho don Francisco, y sus hijos y descendientes con expressa calidad q̄ han de suceder los mayores, como se dispone en la clausula referida supra num.50. y en fin de la clausula inserta en el num.51. no se puede repetir a el llamamiento hecho con esta calidad y expresion la disposicion general que se hizo por la fundadora, en caso que el mayorazgo entrasse en la linea de don Iuan, *l. cohæredi, §. qui patrem, ff. de vulgari, vbi substitutio non refertur ad præcedentia, circa quæ specialiter est prouisum, l. talis scriptura 30. ff. de legat. 1. l. alimenta, §. Basilica, ff. de aliment. & cibar. legat. l. quoties, C. famil. ercis cund.* cum pluribus Barbos. *clausˌ. 70. num. 17. 18. 22. 25. & 28.*

83 ¶ Lo qual procede con mayor razon quando se trata de repetir calidad contra la disposiciō de derecho comun, como funda el señor Luys de Molina *lib. 3. cap. 5. num. 56.* vers *Sed quamuis,* donde defiende la opi-

nion de Anan.en el *conf.* 22. para que no se pueda repetir la calidad de vnas substituciones a otras. Y en el nu. 57. dize, que esto procede sin duda en el caso que disputa, por ser para exclusion de hembras, que es odiosa, y cõtra derecho; y lo mismo procede en este, por pretenderse la repeticion para la exclusion de los primogenitos, que fundan por derecho, y por la clausula expressa en q̃ tienen llamamiento todos los hijos y descendientes mayores de don Francisco, inquit Dom. Molin. *d.num.*57. ibi: *Nunquam præcedentia in sequentibus censeri repetita, quando agitur de repetenda qualitate aduersus dispositionem iuris communis*, vbi eius Additionatores alios referunt.

84 ¶ En terminos que no se repita ni estienda la disposicion, en que ordena el fundador, que algunos llamados no puedã tener otro mayorazgo si no es a los grados en que esto està dispuesto, quando los demas tienen llamamiento por la misma fundacion, funda el señor don Iuan del Castillo *lib.*3.*cap.*15. *à num* 21. *nu.* 23. ibi: *Maximè contra eos, qui antea atque in eadem dispositione vocantur expressim*: conque no le obsta a doña Catalina todo lo que el mismo señor don Iuan de el Castillo fundó *in cap.*181. porque fue respeto de que los hijos primogenitos no tenian llamamiento, sino los secundogenitos, como nota *in num.*8. vers. *Item ipsis primogenitis*, y assi no tenian los primogenitos medio por donde ser admitidos, y como en este caso tienen expresso y literal llamamiento los primogenitos de la linea de don Francisco deuen ser preferidos, y pueden oponer a los segundogenitos que no tienen llamamiento en esta linea, por lo qual no pueden pretender ser admitidos.

85 ¶ Lo quarto que se responde es, que en el llamamiento de don Francisco, y don Andres y sus hijos y descendientes es este mayorazgo regular, y estan llamados los primogenitos con prelacion de mayor a menor, y con expressa declaracion en el fin de la clausula referida supra num. 51. de que han de suceder los hijos mayores, y estos son los primeros llamamiẽtos que hizo la fundadora, y donde se pretende que está dispuesto el llamamiento de hijo segũdo es en la vltima substitucion si por falta de los descendientes de don Francisco

y don

y don Andres fuesse este mayorazgo a la linea de don Iuan hijo primogenito, y desta clausula subseqnente no se puede inferir para las substituciones precedentes, ni repetirse la calidad y pena puesta en la vltima substitucion, para que comprehenda la primera, *l. quoties* 13. *C. de fideicommiss.* vbi notat Bald. numer. 3. in fine: *Quod antecedens non sapit naturam sequentis, sed sequens antecedentis*, vt infra ad Trebellian. *l. non iuxtam.* Mier. 2. *part. quæst.* 4. *illat.* 8. *num.* 221. ibi: *Grauamen autem, & onus appositū vocatis ad maioratum, secundo, aut tertio, aut vlterioribus locis nō cēsetur datum loco primo vocatis, nisi id expressum sit.*

86 ¶ La diferencia de este caso a el que disputa el señor don Iuan del Castillo *dict. cap.* 181. reconoce el mismo, por que respeto de ser en los terminos de la fundacion en que escriue los primeros llamamientos de hijos segundos infiere, para interpretaciō de los demas, como funda en el num. 10. y por todo el capitulo. Y en el num. 12. reconoce, que es regular que la calidad ó pena puesta en las substituciones subsequentes, no se pueda extender a las precedentes, y para excluyr esta regla se vale de voluntad del fundador; el mismo caso disputa el señor don Iuan de Larrea *dict. decis.* 51. *à num.* 10. dōde argumēta de las primeras substituciones para las subsequentes, lo qual falta en este caso, y assimismo voluntad de la fundadora para hazer extension, antes la ay en fauor de los hijos y descendientes de don Francisco, para que sucedan sus hijos mayores, conque fue visto excluyr a los secundogenitos en esta linea, Cephalus *cons.* 638. *à num.* 33. *cum seqq.* y assi no se puede repetir el llamamiento de hijo segundo que està en la vltima substitucion.

87 ¶ Lo quinto se responde, que de auer llamado en primero lugar a don Francisco, que fue hijo segundo, no se puede hazer ilacion de que la testadora tuuo voluntad que sucediessen los segundos, y que lo llamò por acomodarlo, respeto de estarlo el primogenito con el mayorazgo principal: porque la conjectura que se puede sacar de auer llamado a don Francisco y su descendencia en primero lugar, es de que fue mas predilecto, y que por esta causa lo llamò, *l. quoties in principio, ff. de* vsu-

vsufruct.l.hæredes mei,§.final.ff.ad Trebelian. l.qui soluendo, ff. de hæredibus instituend.l.2.§.defertur,ff.de bonor. poss.ej. secundũ tab l.Publius,§.vltimo,ff.de condit. & demonstr. l. si viua matre, vers.Nam licet,C.de bonis maternis, Simon de Prætis *lib.1. interpretatio 2.dubio 2.num.18.& 19.* el señor Presidente Valençuela *consj.53.num.7.& 34.*Mier.*2.part. quæst.6.nu.* 295. Zeuall.*quæst.828.num.93.& 94.* vbi inquit: *Quod prius nominatus præsumitur magis dilectus:* y funda assimismo, que quando se trata de excluyr al primogenito primero llamado, no se ha de extender la disposicion, y en el mismo caso de esta question de Zeuallos notò Mieres *2.part.quæst.4.illat.3.num.11.* que se determinó en el Cõsejo Real en fauor de la pretension q̃ escriuió Zeuallos, porque es el mismo caso.

88 ¶ Con lo qual parece, que el tercero fundamento que se refirió supra á num.70. para que no se pueda hazer extension del llamamiento de hijo segundo q̃ se hizo en la linea de don Iuan a la de don Francisco primero llamado procede sin duda, y está respondido concluyentemente a las oposiciones que se hazen contra el.

89 ¶ El quarto fundamento de este articulo es, q̃ en caso que cessassen todos los fundamentos referidos, y el llamamiento de hijo segundo estuuiesse repetido en la linea de don Francisco, y prohibido en sus hijos y descendientes el concurso con el mayorazgo principal, no puede el dicho don Diego pretender derecho alguno, porque al tiempo que muriò don Iuan hijo primogenito, y sucediò en el mayorazgo principal el dicho don Francisco no se auia casado, y assi no auia nacido el dicho don Diego, y si se causó incõpatibilidad, como pretẽde, fue en el dho tiẽpo quãdo tuuo efecto el cõcurso de ambos mayorazgos, como en terminos fundan el señor Valençuela *consj.83. à num.7.* Domin. Castillo *lib.6.cap.180.á num.9.* Domin. Paz *de tenut.cap.34.nu* 37. el señor Solorçano *tom.2.lib.2.cap.18.num.3.& 4.* el señor don Iuan Baptista de Larrea *decis.51.num.7.28.29.* 32.& 34 y no estando nacido el dicho don Diego, no pudo ser sujeto capaz para adquirir la sucession, *l.si cognatis, ff.de reb.dub.* vbi Bart. *l.interuenit, ff.de legat. præstand.*

y por

y por no poder estar in pendenti, *l. fin. in fin. ff. commun prædior.* vbi Alberic. & Bald. *l. si ex duobus, §. sed & Marcellus, ff. de in diem adiect.* auia de passar a la linea de don Andres segundo llamado, *l. 45. Taur.* resueluen en terminos Gregor. *in l. 10. tit. 31. part. 3. glos. 6.* Palacios Ruvios *in repetit. rubricæ, cap. per vestras, §. 69. num. 33. & 34.* Rodrigo Suarez *allegat. 27. num. 13. & 14.* Domin. Molin. *lib. 3. c. 10. à num. 4.* cum pluribus fundamentis, & DD. a el qual siguẽ y afirman, que esta opinion es comun y seguida, *in iudicando & consulendo* sus Addicionadores, y refieren al señor Castillo *lib. 5. cap. 91. per totum,* y otros quos longum esset recensere, y no hallandose don Diego en la linea de don Andres, y auiendo en ella llamados no puede pretender derecho, porque si huuo incompatibilidad, reside la sucesion en la linea de don Andres, y todos los de ella se han de admitir primero, *cap. 1. de nat. success. feudi,* y los de otras lineas, perpetuo censentur excluli, *cap. 1. §. quin etiã Episcopum vel Abbatem in feudis,* Dom. Molin. *lib. 3. cap. 4. per totum.*

90 ¶ Cõ lo qual se excluye a el dicho don Diego de la sucesion, y este derecho lo puede oponer la dicha doña Catalina, por ser rea, y posseedora, y exclusiuo ipso iure de la pretension de don Diego, *l. fin. vbi scribentes, C. de rei vindicat. l. cum seruum 6. vbi DD. C. de seruis fugitiuis.* Bart. *in l. 2. num. 1. ff. de except. rei iudicat.* Bald. *cõs. 150. ad fin. lib. 1.* Thesaur. *decis. 4* Surd. *cons. 425. num. 18.* Gratian. *cap. 261. num. 3.* Alexand. Ludouis. *decis. 14. num. 3. & decis. 415. n. 3. & 4* Barbos. *in l. si alienam, num. 5. ff. solut. matrim.*

91 ¶ Contra esto no es de fundamento dezir, que el dicho don Francisco pudo tener el mayorazgo por hallarse solo en su linea, y despues tuuo obligacion a dexarlo a su hijo segundo, como dispuso la dicha doña Gracia en la clausula referida supra n. 51.

92 ¶ Por q̃ se satisfaze concluyentemente, cõ que en la linea de don Iuan hijo primogenito, en que la fundadora hizo el llamamiento de hijo segundo, continuó en la misma linea esta voluntad, y solo llamó a el hijo mayor de don Iuan por falta de hijo segundo, y en caso que no lo tuuiesse, y se hallasse solo el hijo mayor,

admitió el concurso, para que teniendo hijo segundo le dexasse el mayorazgo: y esta inteligencia està clara por la clausula, porque dispone, que en la linea de don Iuan suceda el hijo segundo, y que si no tuuiere mas de vn hijo este lo aya, y las palabras que se siguen: *Cõque qualquiera sucessor que por este orden suceda, dexe el dicho vinculo a su hijo segundo*, son limitadas a el caso de no auer mas de vn hijo, y lo declara luego en las palabras, *por manera*, porque dize: *que en qualquiera tiempo, que por falta de hijos de don Francisco y don Andres viniere a el hijo mayor de don Iuan, mayor que tuuiere por falta de segundo, este mayor lo dexe a su hijo segundo que tuuiere*. Y lo mismo dispone en las palabras que se siguẽ: *Y por este mismo orden, si por falta de hijo segundo de don Iuan, y sucessores viniere en la persona que huuiere los mayorazgos de mis padres, abuelos, y suegros, el tal sea obligado a dexarlo a su hijo segundo en qualquier tiempo que lo huuiere*: en que se conoce con euidencia, que solo permitiò a el hijo mayor la sucesion para dexarla a su hijo segundo, quando estuuiesse solo el hijo mayor. Y supuesto, que la incompatibilidad entre estos mayorazgos se pretẽde por el dicho don Diego extender a la linea de don Frãcisco, y a el tiẽpo que se causó con el concurso de ambos mayorazgos auia hijo segundo, que era don Andres segundo llamado, no ay razon alguna en que se pueda fundar, que el dicho don Francisco tenga el mayorazgo para dexarlo a su hijo segundo, sino precisamente auia de passar la sucesion deste mayorazgo a el dicho don Andres, y a sus descendientes, que era entonces segundo por derecho, y por el llamamiẽto, vt in specie tenet Alciat. *in l. proximos 92. ad fin. ff. de verbor. sign. & cõs. 101. ex n. 9. lib. 9.* faciũt tradita per Dom. Moli. *lib. 1. cap. 5. num. 20. vbi additio plures refert.*

93 ¶ Lo qual procede con mayor razon, porque si pretende don Diego extender la incompatibilidad a la linea de don Francisco, no estando dispuesto en ella, mas facil y corriente es la extẽsiõ del llamamiẽto de hijo segũdo al dho dõ Andres, porq̃ no es necesaria extẽsiõ sino en fuerça de cõprehẽsiõ, porque siendo don Francisco hijo primogenito por muerte de don Iuan, se halló don Andres secundogenito, y asi le conuiene literal-

teralmente la propiedad del llamamiento, y lo comprehende la voluntad de la testadora, y este argumento à maioritate rationis es sin duda, Barbos. cum alijs, *loco 68. à n.1.*

94 ¶ La disposicion que contiene esta clausula es ajustada a la de derecho, porque la sucessión del mayorazgo incompatible no pertenece a los hijos del excluydo, sino al hermano, *vt ex l.7. tit.7. lib.5. recop.* & alijs pluribus fundamentis, & DD. funda el señor don Iuan del Castillo *lib.6. cap.178. à num.7. & num.12.* donde habla en caso que el mayorazgo sea incompatible por la disposicion del fundador, *& num.13.* propone la disputa en terminos, que el excluydo por la incompatibilidad no tenia hijos, y nacieron despues, que son los deste pleyto, Robles *de repraesentat. lib.2. cap.6. à num.3.* idem in nostris terminis tenet el señor don Iuã Baptista de Larrea, & decisum affirmat in hac Regia Cancellaria *decis. 51. per totam, praecipuè à num.10.*

95 ¶ A esta disposicion de derecho no obsta lo que resuelue el señor don Iuan del Castillo *lib.3. cap.15. à num.20. vers. Deueniendo,* en que funda el derecho de las hijas de el excluydo, porque fue respeto de auer llamamiento en que estaua llamado en el caso de la incompatibilidad *el siguiente en grado,* que se pretendia comprehẽdia a los hijos del excluydo; y sin embargo de esto aun en los mismos terminos de auer llamamiento en fauor de los hijos del excluydo, reconoce mucha dificultad el el señor don Iuan del Castillo en el *lib.6. cap.178. nu.18. vsque in finem* donde buelue a tocar el punto del *cap.15.* y nota, que la resolucion que alli defendió fue fundada en la voluntad colegida por el llamamiento, y aun con esta calidad no se resuelue en este punto, sino dize q̃ se atiẽda a la calidad de la disposicion, por ser la dicha resolucion de derecho precisa, y con ella queda *in fol.451. vers. Quamuis fortius adstringere videatur.*

96 ¶ El mismo fundamento tuuo el señor dõ Iuan de Solorçano *tomo 2. de iure Indiar. lib.2. cap.19. à nu.28.* donde resoluió en fauor de los hijos del excluydo de la encomienda, porque como refiere en el *num.29.* tienẽ llamamiento por las cedulas particulares que ay para

la

la sucesion de las encomiendas: y aunque en el nu. 56. pone el caso en terminos de mayorazgo, no lo disputa, respeto de hermano del excluydo, sino quando ay dos hijos, y dize que se ha de dar al segundogenito, que no se ajusta a este caso, assi por auer hermano a el tiempo que se pretende la incompatibilidad, como porque no estaua nacido el dicho don Diego, y assi no ha verificado el llamamiento en cuya virtud se pueda admitir, conque justamente le excluye la dicha doña Catalina, que se halla rea, y posseedora, y con llamamiento expresso, aun en caso que en la linea de don Francisco estuuiesse repetida la incompatibilidad que no lo está, ex dictis in tribus primis fundamentis.

ARTICVLO TERCERO.

97 ¶ En este articulo se ha de fundar como la dicha doña Catalina es la verdadera sucessora en el mayorazgo que del tercio y quinto de sus bienes fundó dō Francisco de Mēdoza, y que la dicha doña Gracia no pudo hazer este mayorazgo irregular, y de secūdogenitura, y que no fue bastante para ello el poder que tuuo del dicho don Francisco; y que demas de no tener facultad para hazer este mayorazgo irregular, no tuuo volūtad, ni es bastante la clausula en que dispuso, que guardasse el dicho don Francisco las clausulas y grauamenes que le tenia puestas en la manda de el tercio de sus bienes, y para que esto se conozca, se referirá el poder de el dicho don Francisco, y lo que en virtud de el executó la dicha doña Gracia.

98 ¶ El poder que otorgò el dicho don Francisco es en veynte de Iunio de 1582. y lo que dispone cerca de el mayorazgo de que se trata, es de el tenor siguiente.

99 ¶ *Otorgo y conozco, que doy todo mi poder cumplido y bastāte qual de derecho se requiere, para mas valer a doña Gracia de Mendoça mi muger, que está presente, especialmēte para que por mi, y en mi nombre, e como yo mismo, pueda hazer, e otorgar mi testamento, y vltima voluntad, con las clausulas, y sustancias de derecho necessarias, segun, e como, e por la forma, e manera, que yo con*

con ella lo tengo comunicado, e con tal cargo, e condicion, que pueda la susodicha de sus bienes, y mios, y de lo mejor, e mas bien parado dellos que le pareciere, metiendo en ellos los quatrocientos ducados de mejora que tiene don Francisco de Mendoza, Ahumada mi hijo sobre las casas en que viue Pedro de Barrionnueuo, que le mandò Estefania de Mendoza mi señora su abuela, y metiendo assimismo en elloo el meson de la plaza en que viue Diego Cauallero, pueda hazer vn vinculo de mil ducados de renta en cada vn año para el dicho dō Francisco mi hijo, para que los aya por via de titulo de mayorazgo, el qual pueda otorgar la dicha doña Gracia con las fuerças, clausulas, vinculos, y firmezas, llamamientos, y demas condiciones necessarias que a ella le pareciere, y con clausula de que si el dicho don Francisco mi hijo, e otro qualquiera de los llamados a el dicho mayorazgo, e vinculo se casare contra la voluntad de sus padres, lo pierda, y passe a el subsiguiente en grado, porque esta es mi voluntad: E assimismo pueda en el dicho testamento, que assi en mi nombre ha de hazer poner qualesquiera clausulas y grauamines de obediencia a sus hijos, e mios: porque mi voluntad es, que los dichos mis hijos, ni algunos de ellos no casen sin la voluntad mia, ni de la dicha doña Gracia su madre, aunque sea con personas limpias, porque yo confio de ella, que de su mano los casara muy honrada y principalmente, demanera que hijas, e nietos sean habiles, capazes, y de calidad, para tomar qualesquier abitos de las Ordenes militantes, e para qualesquier Colegios, e otras preeminencias, de que los hombres limpios y declaros linages puedan gozar, porque esta es mi voluntad. Y si a la dicha doña Gracia mi muger le pareciere, e fuere su voluntad de acrecentar el dicho vinculo hasta dos mil ducados de renta, lo pueda hazer por el prouecho que se sigue de perpetuar los linages, casas, e memorias a que tanto fauorecen las leyes y ruegos, encargo a la dicha doña Grocia assi lo haga, tomando en ello consejo con el Licenciado don Bartolome de Ahumada, Chātre de Talabera de la Reyna mi primo hermano.

100 ¶ Y prosigue otras clausulas y nombramiento de albaceas y herederos, y luego dize: *Para todo lo qual que dicho es doy tan cumplido poder a la dicha mi muger, segun y como de derecho se requiere y es necessario, e quiero que se cūpla, y aya efecto el testamento, que por virtud de el se hiziere, en todo, e por todo como en ello se contuuiere, porque assi es mi voluntad, e para el cumplimiento dello obligo mi persona y bienes auidos y por auer, y en testimonio dello otorguè la presente.*

101 ¶ Y despues de la fecha pone la clausula reuocatoria de otros qualesquiera testamentos, para q̄ no se cumplan, ni ayan efecto, *saluo este poder, y el testamento que por virtud del hiziere la dicha doña Gracia, el qual quiero que se cumpla, porque esta es mi determinada voluntad.*

102 ¶ En virtud deste poder otorgò la dicha doña Gracia el testamento del dicho su marido en 21. de Setiembre de 1582. y la clausula que toca a la fundaciō del dicho mayorazgo es la siguiente.

103 ¶ *Iten, mando el tercio y quinto de los bienes del dicho don Francisco mi marido, a don Francisco de Mendoza mi hijo e suyo, conque lo tenga en vinculo como bienes de mayorazgo, siendo enagenables para siempre jamas, y sucediendo en su hijo mayor, o hija, si no tuuiere hijo varon, e ansi vaya sucediendo en sus descendiētes de mayor en mayor, como bienes de mayorazgo, y guarde en el todas las clausulas, e grauamenes que yo le tengo puestos en la manda de tercio de mis bienes, que yo le tengo fecho en mi testamento cerrado, so las penas que en la dicha clausula del se contiene.*

104 ¶ En virtud desta clausula pretende el dicho don Diego, que en el mayorazgo de don Francisco se han de tener por puestas y repetidas todas las condiciones que doña Gracia puso en el mayorazgo del tercio de sus bienes, para que no se pueda juntar con el mayorazgo principal, y que assi el verdadero sucessor en este mayorazgo por los argumentos a que se ha respondido en el articulo precedente.

105 ¶ La dicha doña Catalina pretende, que en virtud del dicho poder no pudo la dicha doña Gracia poner condicion por donde hiziesse irregular el mayorazgo, y que la dicha clausula no es bastante para que se entiendan repetidas en el mayorazgo de don Francisco las cōdiciones extraordinarias que en su mayorazgo puso la dicha doña Gracia.

106 ¶ En quanto a que la dicha doña Gracia no pudiesse en virtud del dicho poder hazer el mayorazgo irregular, y llamar a los hijos segundogenitos en exclusion de los primogenitos, se prueua, porque el poder y comissiō que se dà para hazer qualquiera acto, ex eius natura strictissimam interpretationem recipit, *l. diligenter, ff. mandati, cap. cum dilecta, de rescript.* Bald. *in Authent. nisi rogati,*

rogati,num. 11.C.*ad Trebellian.* & *in l.si pupillorum*, §. *si Prætor,num.* 3.*ff.de reb.eorum*, & *conf.* 123.*nu.*5.*lib.*5.Paul.*conf.* 177.*num.*1.Ancharran.*conf.*84. *num.* 2. Riminald. Sen. *conf.* 129.*num.*5.*lib.*1.Ioseph.Ludouic. *decis.perusin.* 117. *num.* 14.*part.*2,Surdo *conf.*209.*nu.*6.Rota *decis.*13. *de procuratorib.num.*2.*in nouissim.*Mantic.*de tacit.* & *ambig.conuẽt. lib.*7.*tit.*14.*nu.*1.& *tit.*15.*num.*13. Simon de Præt. *lib.*5. *vltim. volunt. interpret.*1. *dubit.*2.*num.* 32. Castill. *in l.*31. *Taur.numer.*40. ibi: *Quod huiusmodi commissionis sunt stricti iuris.* Tello Hernandez *num.*1.ibi: *Quod ex illa lege demõstratur, quam stricta sit facultas commissarij.* Noguerol *allegat.* 9.*à n.*59.

107 ¶ Por lo qual se ha de ajustar el mandatario a la naturaleza del acto que expressa el poder y comision, y auiendo sido en este caso para fundar mayorazgo, se ha de entender regular, admitiendo los primogenitos, como los admite la naturaleza de los mayorazgos, porque lo que es natural y regular del acto, para q̃ se cõceda facultad y poder, se deue juzgar por expresso, *l.triticum* 94.*l.ita stipulatus* 115.*ff.de verb.obligat. l.si stipulatus,ff de vsuris,l.cum quid,ff.si certum petatur*, quasi ipsa natura actus loquente, vt in simili notat Bald.*conf.*330. *vol.* 3.*num.*2.ibi: *Item verba quæ non sunt determinata formaliter, determinantur naturaliter, secundum naturam rei* & *contractus.* Et ibi: *Nã quod naturaliter inest pro expresso debet haberi, quasi ipsa natura loquente.* Y por esta razon funda, que en la concession de vn feudo hecha con palabras aptas para comprehender varones y hembras, solo se comprehendẽ los varones, quia fœminæ nõ sunt aptę ad onera feudi propter eius naturam. Rosental.*de feud.cap.*2. *conclus.*54.*nu.*1. ibi: *Feudum simpliciter, seu in dubio præsumi concessum esse, iuxta propriam suam naturam, ita vt solita omnia adsint, nulla autem insolita pacta contineat.*

108 ¶ In terminis maioratus notant Gregor. Lop.*in l.*2.*tit.*15.*part.*2.*glos.*1.*quæst.*1.donde resuelue, q̃ si el padre teniendo muchos hijos dexó algunos bienes por mayorazgo para su hijo, aunque conforme las palabras se comprehendieran todos, *ex l.si quis ita, vers. Si quis filio,ff.de testament.tutel.* respeto de la naturaleza de el mayorazgo que admite al primogenito, se deuen entender

las

las palabras del testador de todos los que lo son, ibi: *Ex prædictis etiam videtur posse dici, quod si quis habens plures filios, dicat quod facit maioriam de talibus, vel talibus bonis, in filium suum, quod intelligatur de filio maiori.* Et ibi: *Item quando aliqua bona tanquam indiuisibilia vni duntaxat, debent competere, semper intelligitur, quod iste vnus debet esse primogenitus*, vt consuluit Angel. *cons.* 281. Franc. de Aret. *cons.* 164. quod perpetuo dicit notandum. Roderic. Suar. *in repetit. l. quoniam in prioribus, fol.* 27. *column* 3. Ant. Gom. *in l.* 40. *Taur. n.* 64. & in fine reddit rationem prædictam, ibi: *Quādo Rex, vel Princeps, vel priuata persona facit aliquem actum vel concedit priuilegium, semper videtur facere, & concedere cū qualitate, & prærogatiuā, quæ inest in simili actu priuilegij, vel dignitati.* D. Couarruv. *lib.* 3. *variar. cap.* 5. *num.* 2. Padill. *in rubric. C. de fideicomm. n.* 11. D. Molin. *lib.* 1. *c.* 4. *num.* 13. vbi eius Additionatores alios referunt D. D. Christoual de Paz *de tenut. c.* 34. *à n.* 117.

109 ¶ Contra esto se opone, que el dicho don Francisco dio facultad a la dicha doña Gracia su muger para que pudiesse otorgar el testamento con las clausulas y sustancias de derecho necessarias, segun, e como, e por la forma, e manera que tenia comunicado, y para q̄ pudiesse hazer el dicho *vinculo en el dicho don Francisco con las fuerças, clausulas, vinculos, firmezas, llamamientos, y demas cōdiciones necessarias que a ella le pareciere.* Lo qual denota libre y absoluta potestad, *l. fideicommissa* 11. §. *si fideicommissum, vers. Quanquam, ff. de legat.* 3. *l. cum quidam, ff. de legat.* 2. *l.* 29. *tit.* 9. *p.* 6. notat ex alijs Dom. Castill. *lib.* 4. *cap.* 36. *num.* 47. 66. & 71. Y asi pudo en virtud de la dicha facultad hazer la dicha doña Gracia el mayorazgo irregular.

110 ¶ A lo qual se responde, que estas palabras se deuen entender para poner en virtud de ellas las condiciones, y hazer los llamamientos que fueren ajustados a la naturaleza de mayorazgo regular, y no para condiciones insolitas, y llamamientos irregulares, que son contra la forma del mandato, por juzgarse esté ajustado a la naturaleza del acto para que se concede, y consequentemente todas las palabras que contiene se deuen entender asimismo ajustadas a esta calidad, *l. quicūque* 5.

§. *non*

non tamen in omne, ff. de instit. action. l. quaero 57. §. interlocatorē, ff. locat. l. insulam 6. ff. de praescriptis verb. Bald. *cons.* 330. *nu.* 5. *volum.* 3. ibi: *Certè si vult trahere mandatum suum ad aliam speciem non potest.* Curtius Sen. *in l. si super possessione, num.* 2. *C. de transact.* ibi: *Quod arbitror poterit in laude opponere modos cōgruos, & adiacentes, & etiam conditiones congruas, & adiacentes non autem extraneas.* Beroio *cons.* 103. *num.* 13. *volum.* 1. Tiber. Decian. *respons.* 73. Paul. de Castr. *cons.* 335. *part.* 1. *nu.* 2. *vers. Quarto,* ibi: *Quia procurator videtur constitutus, secundū conditionem rei, super qua constitutus est de offic. delegat. cap. cum olim,* Abbas *& illa conditio inest ei procuratori super illo facto, argument. ff. vt legatum, seu fideicommis. nomin. l. §. sub conditione de vsur. l. si stipulatus si quis cautionibus, l. si eum, §. qui iniuriarum, de legat.* 3. *l. cum quis decedens in princip.* Ruin. *cons.* 84. *volum.* 2. *num.* 12. *circa fin.* ibi: *Et dum dicitur, quod possint omnia quae ipse testator possit, intelligitur, scilicet circa praemissa, & pro executione contentorum in testamento per ea quae ponit.* Oldrald. *cons.* 297. *& moderni late in cap. sedes, de rescript.* Socin. *cons.* 160. *num.* 48. *lib.* 2. *vbi inquit: Quod facultas patri concessa, vt possit disponere de feudo inter filios, prout sibi videbitur intelligi debet secundum naturam feudi,* sequitur Petrus Pechius *de testament. coniug. lib.* 1. *cap.* 13. *plura, & plures refert,* el señor Presidente Obispo *cons.* 136. *à n.* 9. *cum pluribus sequentibus,* Noguerol *allegat.* 9. *n.* 58.

11. ¶ Vlterius respondetur, que las palabras del poder, videlicet, que la dicha doña Gracia llamasse las personas, y pusiesse las condiciones que quisiesse, no se deuen entender de potestad absoluta, sino de arbitrio regulado conforme a derecho, Bart. *in extrauag. ad reprimēdum, num.* 10. *& in l. Caius, num.* 4. *ff. de fideicommis. libert. & in l. si sic legatum, num.* 2. *ff. de legat.* 1. *& in l. item si vnus, §. idē Pōponius, num.* 1. *ff. de arbitrijs.* Abb. *in cap. Quintaualis, num.* 32. *de iureiurand.* Cardinal. *in clement. saepe, §. non sic tamen, num.* 6. *de verb. significat.* Alex. *in dict. l. si sic, num.* 14. vbi Iason *num.* 32. *ff. de leg.* 1. Bald. *cons.* 387. *num.* 3. *lib.* 3. *& in cap. cum olim num.* 5. *de elect.* Paul de Castr. *cons.* 335. *num.* 3. *p.* 1. Oldral. *cons.* 117. *num.* 7. Rebuff. *in l. liberti. vers. At verbum hoc placet,* ibi: *Omnia verba quantumuis liberam volantatem denotantia restringuntur ad limites rationis & causae* Corneo *cons.* 221. *num.* 28. *lib.* 2. Socin. Iun. *cons.* 160. *nu.* 48. *lib.* 2. Riminald.

conf.2,7.á num.114.lib.3. Osascus *decis.169.á n.9.* Lapus *allegat.128.num.3.* Petrus Pechius *de testament. coniug.lib.2. cap.13.* ex pluribus Noguerol *allegat. 9. num. 82. vsque ad 90.*

112 ¶ Esto procede mas sin duda en este caso por aueise dado el poder y comission, no con disposiciõ libre para hazer, o dexar de poner en execucion la fundacion del mayorazgo, sino para executar disposicion cierta de institucion de mayorazgo en el dicho don Frãcisco, y en este vltimo caso aunque el poder cõtenga palabras de absoluta y libre voluntad, se ha de entender de arbitrio regulado y ajustado a la naturaleza de la disposicion para que se concedio el poder, como respondiendo a la *l. fideicommissa §. quãquam, ff. de legat. 3.* notat Bald. *in l. voluntatis 7. C. de fideicommis. num. 8* ibi: *Secus si dicatur secundum voluntatem tuam sit, vel non sit, & tum non est purum, nec validum, vt ff. de leg. 3 l. fideicommissa. §. quamquam, scilicet quãdo voluntas adiicitur substantiuo, vel effectiuo, secus in verbo executiuo volũtatis subståtiatæ, vel declaratiuo, l. 3. supra de dotis promissione per Cinum, & l. penult. ff. arbitr. per Accurs. quia tunc in arbitrium sonat.* Decius *cons. 493. á num. 17.* Menoch. *de arbit. lib. 1. quæst. 7. num. 30. ibi: Declaratur quarto non procedere quãdo verbum, volo, est executiuo verbo adiunctum, tunc non liberam potestatem, sed boni viri arbitrium significare videtur.* Rota *decis. 640. n. 22. p. 1 diuers.* Caualcan. *decis. 36. n. 387. p. 2.* Barbos. *claus. 436. n. 1.*

113 ¶ Lo qual es preciso, atendiendo que la voluntad conferida in alterius arbitrium es nula, *l. illa institutio, l. captatorias, l. illæ autem institutiones, ff. de hæredib. instituend. l. Senatus, §. legatum, ff. de legat. 1. l. captatorias, C. de testamẽt. milit. quæ licet loquatur in captatorijs dispositionibus. DD. communiter eas accipiunt de dispositione in alterius arbitrium collata.* Roder. Suar. *de captator. volunt. á num. 1.* Peregr. *de fideicommis. art. 33. num. 65. & 68.* Surd. *cons. 264. nu. 5. & 380. num. 26.* Menoch. *cons. 408. num. 1.* D. Paz *de tenut. cap. 34. num. 78.* Y para que se euite la nulidad, y tenga efecto la disposicion, se ha de entender que solo se comete la execucion *á arbitrio boni viri*, segũ la naturaleza del acto que se comete, *l. quoties, ff. de reb. dub.* Menoch. *de præsumpt. lib. 6. præsumpt. 4. & 6.* y siempre se entiende ajustada la comission

sion, y el poder a lo que se pudo cometer, que es la execucion regulada *l. Lucius, §. Imperatores, ff. ad municip.* ibi: *Cu ad ea, quæ mandari possunt voluntatem dedisse videaris.*

114 ¶ A la resolucion del señor don Iuan del Castillo *in lib. 4. cap. 36. num. 47.* que en terminos de este caso defiende, que estas palabras denotan libre voluntad. Se responde, que no puede ser de perjuyzio alguno en este pleyto.

115 ¶ Porque en el caso que el señor don Iuã del Castillo se apartò de la resolucion, que està fundada, tenia el comissario poder y facultad para disponer de los bienes como si fueran propios suyos, y fundar, o no fundar el mayorazgo, y hazer todo lo demas q̃ quisiesse, y por bien tuuiesse, como se colige y prueua expressamente de las palabras que refiere el señor don Iuan del Castillo *dict. cap. 36. num. 46.* vers. *Secundo,* ibi. *Secundo deinde facit absolutè & liberè dicti mariti voluntati non modo maioratum, aut maioratus instituere, vel non instituere, prout ipse voluerit, sed etiam instituendo forma & modo, quibus voluerit, & sibi placuerit id efficere, fuisse omnino relictum, vt constat ex verbis dispositionis,* ibi: *E todo lo que el quisiere, e por bien tuuiere entre los dichos nuestros hijos, segun y como mejor le pareciire, y en la forma que quisiere, como si los dichos bienes fueran propios suyos.* Y por estas palabras de tan absoluta y libre voluntad en que la tenia el comissario, no solo cerca de la forma de la fundacion, sino para hazerla, o no, y disponer de los bienes como propios suyos, fue de opinion el señor Castillo, q̃ podia el comissario fundar mayorazgo irregular, como se prueua de los fundamentos que refiere *dict. cap. 36. nu. 46. 47. 65. 67. & 71. pag. 361. colum. 2. in principio,* ibi: (refiriendose a las palabras referidas) *Ex eisdem namque verbis, non solum circa institutionem maioratus, sed etiam circa modũ institutionis eiusdem amplissima, & libera, atque absoluta facultas & potestas censetur concessa.*

116 ¶ Y faltando en la disposicion las palabras referidas que conceden absoluta facultad, no solo en el modo de la disposiciõ, sino cerca de hazerla, o no, como si los bienes fueran propios, se conforma con la resolucion que està fundada, de que el comissario solo puede hazer mayorazgo regular, entendiendo las palabras

bras de la facultad de arbitrio regulado, siguiẽdo la opinion del señor Paz *de tenut. cap. 34. à num.* 117. como expressamente se colige de lo que funda el señor Castillo *dict. cap. 36. num. 65. 67. & 71. fol. 361. colu.* 2. ibi: *Agnoscimus namque in eisdem terminis rectè expendi, & vrgere ea, & eiusdẽ, cuius dictus author fuit, essemus sentẽtiæ in ea specie, aliter autẽ diffiniendum dicimus, quãdo verba ita ampla apposita fuerint.* La misma distincion sigue Carpio *de executorib. & commissar. lib. 2. c. 19. n. 48. & 49.*

117 ¶ Porque ay mucha diferencia en concederse facultad para hazer, o no la fundacion, como si los bienes fueran propios del comissario en la forma y modo que quisiere, o en darse el poder y facultad para executar precisamente fundacion de mayorazgo, que es disposicion cierta y determinada, como expressamente reconoce el señor Castillo en el lugar alegado; & præter ibi adducta probatur *in l. cum filius 78. §. pater cum filia, ff. de legat. 2. l. virum 8. §. cum quidam, vers. Plurimum, ff. de reb. dub.* ibi: *Plurimum enim interst, verum in potestate eius, quem testator obligare cogitat, si velit dare, an imposita necessitate dandi soli ei distribuendum liberum arbitrium concedat.* La misma distincion se colige del lugar de Bald. Decio, y Menoch. y de las decisiones de Rota y Caualcano, referidas supra nu. 112. en que fundan, que cometiendose execucion de disposicion cierta, aunque aya palabras en el poder de libre voluntad se deuen entender reguladas a la naturaleza del acto, y disposicion para que se concede el poder y facultad.

118 ¶ Y entendiendose las palabras referidas de arbitrio regulado, no las pudo extender la dicha doña Gracia a hazer mayorazgo irregular, por ser contra la naturaleza del mayorazgo y costumbre regular le suceder en el, y contra derecho, pues se excluyen los primogenitos: *Quia arbitrium boni viri solum id, quod est de iure, vel de consuetudine continet, l. societatem 76. §. arbitrorum, ff. pro socio, l. continuus 137. §. cum ita, ff. de verbor. obligat. in extrauaganti ad reprimendum, verbo, videbitur, num.* 5. Bald. *in l. vltim. § sed et si quis, C. commun. delegat.* Hippolyt. Rimin. *cons. 411. num. 77 lib. 4.* Honded. *cons. 64. num. 24. lib. 2.* Paul. de Castr. *cons. 335. num. 2. lib. 1.* Alexand. *cons. nu. 3. lib. 1.*

*lib.*1. Aymon *conf.*612.*num.*11.*lib.*4. Parif.*conf.* 45.*num.* 18.*lib.*3. Simon de Præris *lib.* 5.*interpret.*1.*dubitat.*2.*n.*35. Gregor. Lop. *in l.*2.*tit.*15.*part.*2.*glos.*13.*quæst.*1. ibi: *Et facit quod si mater habens facultatem ad maioriam committat patri, quod ipse faciat, quod non dicatur voluntas captatoria, sed intelligatur, quod faciat in filium maiorem masculum prout magis est.* Dom. Paz *de tenut. dict. cap.* 34.*num.* 140. Noguerol *alleg.* 9.*num.* 58. Por lo qual es sin duda, que el poder se ha de entender limitado conforme la naturaleza de los mayorazgos para cuya fundacion se concediò.

119 ¶ Demas de deuerse entender el poder conforme a la naturaleza del acto para que se concede, se ha de entender conforme a derecho, y para que la disposicion que se comete se haga ajustada a el, y consequētemente para que sea la fundacion regular, *l. si duo, ff. de acquirend. hæredit. l. Gallus, §. quidam rectè, ff. de liber. & posth. l. hæredes mei, §. cum ita, ff. ad Trebell.* vbi Bart. *num.* 4. & ibi Alexand. *column.* 5. *& conf.* 55.*lib.*4. aunque la disposiciō contenga palabras de ampliacion, y sea caso omitido en la disposicion, vt ex pluribus tenet D. Castill. *lib.*4.*c.*35.*à n.*13.*vsque ad* 22.

120 ¶ Y en terminos de facultad y poder concedido para fundacion, e institucion, probatur *in l. si quādo, C. de inoffitios. testam.* en la qual se deuen notar las palabras de la decision que fue la facultad libre, ibi: *Concessio Imperialis processerit, per quam libera testamenti factio conceditur.* Y sin embargo decide, que ha de hazer la disposicion conforme a derecho, ibi: *Nisi vt habeat legitimam & consuetam testamenti factionem:* porque no se ha de entender que por vna palabra en que se diò facultad para que el comissario hiziesse, y pusiesse los llamamientos y condiciones que quisiesse, auia de poder alterar toda la disposicion de derecho, y excluyr los primogenitos que conforme a el tienen sucession regular, ibi: *Nec enim credendum est Romanum Principem, qui iura tuetur huiusmodi verbo totam obseruationem testamentorum multis vigilijs excogitatam, atque inuentam velle euerti,* & ibi notat Baldus, & Salicetus, & Barbosa *in collect. huius textus, num.*1. *&* 2.*l.*5.*tit.*1.*p.*6. vbi Gregor. *glos.*1. Tiraquel. *in l. si vnquam, in præfatione, n.* 33. Dom. Castill. *lib.*4.*cap.*36.*num.*32. Dom. Paz de te-

nut. dict. cap. 34. *num.* 120. 133. *&* 135.

121 ¶ Lo qual se confirma, con que si el comissario en virtud del poder no se executasse, la fundacion se auia de tener por hecha, conforme la disposicion de la *l.* 33. *de Toro in fine*; y hecha segun la disposicion de la ley auia de ser regular, y en la misma forma se deue entender cometida al comissario, vt ex alijs in proposito argumentatur D. Paz *de tenut. d. c.* 34 *n.* 118. Noguerol *alleg.* 9. *à n.* 7.

122 ¶ Y para que pudiesse la dicha doña Gracia en virtud del poder hazer el mayorazgo irregular, y excluyr los primogenitos en la linea de don Francisco en quien se le auia cometido que lo fundasse, era necessario que se le huuiesse dado poder y facultad especial, y sin el no lo pudo hazer, porque es heredar, y excluyr perpetuamente a todos los primogenitos, y esto no lo puede hazer el comissario sin poder y facultad especial, *l.* 31. *Taur.* ibi: *Ni desheredar à ninguno de los hijos ni descendientes del testador.* Et ibi: *Y en quanto a las otras cosas, señalando para que le dà el poder, y en tal caso el comissario puede hazer lo que especialmente el que le dio el señalò, y mãdò, y no mas:* vbi Tell. Hern. *num.* 1. *&* 2. Ioan. Gutierr. *practic. lib.* 2. *q.* 42. *num.* 3. Azeued. *in l.* 5 *tit.* 4. *lib.* 5. *Recop. nu.* 25. vbi Matienço *glos.* 8. *num.* 1. y no bastan palabras generales, ni comprehensiuas de qualquiera llamamientos, si indiuidualmente no se expressa la facultad de exheredar y excluyr a los que tienen el primer lugar en la sucessiõ, vt ex pluribus tenet D. Paz *de tenut. dict. cap.* 34 *à num.* 129. *vsque ad* 132. ibi: *Et ratio est, quia prædictæ irregulares substitutiones cum remotiores admittant, & eos propinquioribus antecelãt odiosæ sunt, & aduersus ius commune nulatenus, itaque de ijs intelligi debent, nisi speciatim à testatore committantur, expresse nominando qualitatem substitutionis, quæ fieri debeat.* Noguerol *allegat.* 9. *n.* 92. *vbi inquid: quod non sufficiat mandatum generale cũ libera.*

123 ¶ Por los fundamentos referidos, y otros ajustados a los terminos deste caso, resuluen esta questiõ en fauor de la pretẽsion de la dicha doña Catalina. Gregor. Lop. *in l.* 2. *tit.* 15. *part.* 2. *glos.* 13. verb. *en España, quæst.* 1. ibi: *Et facit, quod si mater habens facultatem ad maioriã*

com-

committat patri, quod ipse faciat, quod non dicatur voluntas captatoria, sed intelligatur, quod faciat in filium maiorem masculum, prout moris est: el señor don Christoual de Paz *de tenut.cap.* 34.*à num.* 116 *vsque ad* 141. donde refiere doze fundamentos por esta resolucion, y la sigue sin duda alguna, *dict.num.* 141. ibi: *Arbitror ego, & hanc quæstionem fincam, eū cui datur facultas faciendi primogenium, regulariter tantum posse substituere, alioquim enim mandatum, & voluntatem illius, qui commisit, egrederetur, quod ius non patitur ex superioribus fundamentis.* Mier. 1.*part.quæst.* 48. *à num.* 41. *&* 55 ibi: *Maioratus semper præsumitur datus cum natura, & conditionibus maioratuū, & num.* 68. 82. *&* 83. *&* 120. & pluribus sequentibus, *&* 4.*part.quæst.* 1.*num.* 60. ibi: *Et videtur committere ea, quæ sunt ex natura bonorum maioratus, & consueta.* Noguerol *allegat.* 9. *à num.* 54. *vsque in fin.allegat.* Donde refiere muchos fundamentos, y Doctores por esta resolucion, y en los terminos que disputa tenia el comissario poder libre, y absoluto, y con clausula de libre y general administracion, y se le concedió por fundador, que tenia facultad de su Magestad para institucion de mayorazgo, y sin embargo resuelue, que no puede fundar mayorazgo irregular, *num.* 72. ibi: *Quod commissarius ad instituendum maioratum, quāuis amplissimam facultatem habeat illum regularem debet facere, in fauorem masculorum, & fœminarum, & non irregularem.* Y despues del *num.* 81. hasta el fin de alegacion responde a las palabras que auia en el poder de libre albedrio, y eleccion voluntaria, que se han de entēder de arbitrio regulado, y conforme a la naturaleza de el mayorazgo, *vt notat ibi num.* 88.

124 ¶ Lo que se ha fundado en quanto a que no pudo la dicha doña Gracia hazer el mayorazgo irregular excluyendo a los primogenitos, y llamando a los segundogenitos por disposicion expressa, procede en quanto a las condiciones de que se pretende induzir incompatibilidad para dar por ella llamamiento a los secundogenitos, porque lo que no pudo hazer por disposicion, tampoco lo pudo executar por condicion, *l. Seias, & Augerius* 27.*ff.ad l.falcid.*

125 ¶ Tienen en terminos esta resolució Mieres, 1.*part.quæst.* 48. *num.* 68. ibi: *Mater facit maioratum in filiam*

liam communem, & vt moris est & de iure, vocauit post mortem filiæ filium maiorem illius filiæ, & statim dedit marito commissionẽ, vt in illo liceret apponere conditiones, vincula, & grauamina, qua conditione maritus vtendo sanxit, quod si filius maior dictæ filiæ primo nominatæ haberet alium maioratum, non possit succedere in maioratu vxoris decisum fuit per prædicta & alia iura, & authoritates, id marito commissario non licuisse, nec alterare potuisse successionem filij maioris, quem dispositio textatricis iura, & consuetudines Hispaniæ vocabant. Noguerol *allegat.* 9. *num.* 72. ibi: *Maritum virtute facultatis suæ vxoris ad maioratum instituendũ clausulam pœnalem adhibere non posse, in qua descendentes excludat casu, quo sint alterius maioratus successores, cum his maioratus sit regularis.*

126 ¶ Contra estas autoridades se valen los Abogados del dicho don Diego de la del señor don Iuan del Castillo *lib.* 4. *cap.* 36. *à num.* 46. *v, que in finem,* & eũ referens Carpio *de executorib. & commiss. lib.* 2. *cap.* 17. *nu.* 43. *& cap.* 19. *num.* 48. *&* 49. en que fundan, que el comissario puede hazer mayorazgo irregular.

127 ¶ A lo qual se responde, que la autoridad del señor Castillo y Carpio que le refiere no son contrarias a este caso, por los fundamentos que estan referidos supra *num.* 115. *&* 116. en que se ajusta, que estando el poder con la limitacion que tiene, el que dió don Francisco a doña Gracia no pudo hazer mayorazgo irregular, y que en los terminos de poder con esta limitacion, lo reconoce el señor don Iuan del Castillo, y solo se aparta desta resolucion quando el que dió el poder para fundar mayorazgo tenia facultad de su Magestad, y la dió para que en virtud della se hiziesse, o no la fundació por el comissario, *disponiendo de los bienes como si fueran propios suyos, como quisiesse, y por bien tuuiesse, y como le pareciesse, y en la forma que quisiesse*; y como el que dió el poder pudiera en virtud de la facultad Real hazer el mayorazgo irregular, funda, que dado el poder con la dicha ampliacion, se se ha de entender con la misma calidad, como nota en el *num.* 46. 47. 50. 56. *&* 65. vers. *Sanè. & num.* 66. *&* 67. 68. *& à num.* 71. donde faltando estas calidades, sigue la opinion del señor Paz de tenuta: lo mismo sigue Carpio de execut. porque en el *lib.* 2. *cap.* 17. *num.* 43. no resuelue nada,

nada, si no se remite a el *cap. 19. num. 49.* donde dize, que si no es la facultad absoluta y libre, solo puede hazer mayorazgo regular, y no excluyr al primogenito, prefiriendo a el segundogenito, y que la opinion de el señor Castill. *dict. lib. 4 cap. 36.* se entiende en terminos de libre y absoluta facultad, con las demas calidades referidas, las quales faltan en este caso, y assi en el no son las dichas autoridades contrarias, antes reconocen la opinion de los Doctores que se han referido en terminos supra *num.* 123. 124. *&* 125. los quales hablan en poder y facultad con mas ampliacion que tiene el de este pleyto, y assi en el no se puede dudar que se ha de entender para fundacion de mayorazgo regular en la linea de don Francisco, en quien se fundò.

128 ¶ De todo lo qual resulta, que la dicha doña Gracia no pudo hazer llamamiento, ni poner condiciō que sea en exclusion de los hijos primogenitos de don Frā cisco, y todo lo que en esto excediò se anula, y queda la disposicion reduzida a las reglas de derecho, y conforme a ellas se admitiràn los hijos primogenitos, quod probatur ex *l. interdum, §. deniquè, ff. de hæredib. instit.* ibi: *Si minus distribuit potestate iuris in hoc reuolvitur*, vbi Acurs. verbo, *reuolvitur*, ibi: *Voluntatem testatoris in potestatem iuris resolvi, l. pecuniæ fenebris, ff. de vsuris*, ibi: *Quare pro modo cuiusquè temporis superfluo detracto stipulatio vires habebit, l. ex facto, §. Lucius, ff. de vulgar. l. si Titio, ff. de legat. 2. l. inter cætera, ff. de liberis & posthumis, l. 3 §. vltimo, ff. de iniusto rupto, l. sancimus, l. penultima, C. de donationibus, l. humanitatis, C. de impuber. l. hac consultissimo, §. ex imperfecto, C. de testament. l. inter omnes, C. fa mil. erciscund.* ibi: *Si verò in huiusmodi voluntate designatis liberis, alia sit mixta persona, certum est eam voluntatem, quantum ad illam dumtaxat personam pro nulla haberi*, quia vtile, per inutile, non vitiatur, *ex cap. vtile de regul. iur. in 6.*

129 ¶ Prueuan en terminos esta resolucion D. Paz *de tenuta, cap. 34. num. 142.* ibi: *Qua in re absquè controuersia puto, prædictam dispositionem non vitiari, sed ad maioratum regularem reduci.* Y la funda vsquè ad *num.* 154. *& in nu.* 155. vsquè in fin. afirma, y prueua, que procede esta resolucion aunque los hijos primero llamados consientan en la fundacion del mayorazgo irregular, porque su consentimiē-

58

to no puede prejudicar a los hijos y descendientes, refert & sequitur D. Pedro Diaz Noguerol *allegat. 9. num. 72.* ibi: *Quod si ex facto commissarius maioratum irregularem instituat, non vitiatur dispositio, sed reducitur ad normam iuris.*

130 ¶ De los fundamentos que se han referido resulta, que la dicha doña Gracia no pudo excluyr a los hijos primogenitos de la linea de don Francisco, y que aunque huuiesse en esto disposicion expressa, no podia obrar cosa alguna, porque auia de quedar reduzida la fundacion a la disposicion de derecho, y en este caso procede esto mas sin duda, porque no ay disposicion expressa de la dicha doña Gracia para que en el mayorazgo de el dicho don Francisco su marido sucedan los hijos segundos, y solo se pretende darles llamamiento por la clausula referida supra *num.* 103 en que dispuso la dicha doña Gracia, que el dicho don Francisco, primero llamado, sucediesse en el mayorazgo del dicho su marido, y despues su hijo mayor, ò su hija, si no tuuiesse hijo, y que assi fuesse sucediendo en sus descendientes de mayor en mayor, y que guardasse en esto todas las clausulas, e grauamenes que le tenia puestos en la manda del tercio de sus bienes que le tenia fecha en su testamento cerrado, con las penas que en la dicha clausula se contienen. Y como se pretende, que en el mayorazgo de doña Gracia està dispuesto que no se pueda juntar con el mayorazgo principal, y que esto se ha de repetir en todos los llamados, se dize, que lo mismo ha de proceder en el mayorazgo del dicho don Francisco, por estar en el repetida la misma condicion en virtud de la clausula referida.

131 ¶ Lo qual no puede ser de fundamento, porque en virtud de la dicha clausula, en que la dicha doña Gracia dispuso, que el dicho don Francisco guardasse las clausulas y grauamenes que le tenia puestas en el tercio de sus bienes en su testamento, so las penas que en la clausula del se contienen, solo se ha de entender que puso las condiciones que le eran permitidas, conforme a el poder que se le auia dado, y supuesto que por el no pudo excluyr los primogenitos, como se ha fundado, si no hazer el mayorazgo regular en don Francisco, y sus hijos, y descendientes, se ha de entender que solo quiso que guardasse las condiciones

nes

nes que mirassen a esto, y no otras algunas; porque qualquiera disposicion, aunque tenga generalidad, se ha de entender conforme la potestad de el que dispone, *l. Lucius, § penultim ff. ad municipal. cap. à nobis, & ibi DD. de sententia excommunicat. & nemo præsumitur velle, id quod in eius potestate non est.* Bart. *in l. vxorem, §. testamentum el 2. ff. de legat. 3.* cum alijs pluribus tenet Dom. Castillo *lib. 4. cap. 5. num. 6. & 7. cum seqq.* Barbos. *axiom. 106. num. 5. & 7.*

132 ¶ La dicha doña Gracia declarò en la clausula referida supra *num.* 103. que se ajustaua con la disposicion de derecho en la execucion de la fundacion de el mayorazgo del tercio y quinto del dicho don Francisco su marido, porque nombrò por primero sucessor a el dicho don Francisco su hijo, y despues llamò a su *hijo mayor, ò hija, si no tuuiere hijo varon, y que assi fuesse sucediendo en sus descendientes de mayor en mayor, como bienes de mayorazgo,* en que tienen expresso llamamiento los hijos primogenitos de don Francisco, con prelacion a los secundogenitos; y por las palabras generales que despues puso en la dicha clausula la dicha doña Gracia para que guardasse el dicho don Frãcisco las clausulas y grauamenes que le tenia puestos en el tercio de sus bienes, no se ha de entender que corrigiò incontinenti lo que dexaua dispuesto en el llamamiento, y prelacion de los hijos primogenitos, *l. non ad ea* 88. vbi glos. verbo, *Præsens, ff. de condition. & demonstrat.* ex qua communiter notant DD. si no que se ajustò a la facultad que tuuo para hazer mayorazgo regular, ex prædictis supra *num.* 131.

133 ¶ Y las clausulas y grauamenes que dispuso la dicha doña Gracia que guardasse el dicho don Francisco su hijo en el mayorazgo del tercio y quinto de su padre, fueron las que la dicha doña Gracia tenia puestas en el tercio de sus bienes, que eran conformes a las que pudo poner en virtud del poder de su marido, videlicet, que se casasse con muger limpia, y de qualquier mala raza, de suerte que pudiesse tener qualquier Abito de las Ordenes militares, y con parecer de las personas que dixo en su testamento, que son grauamenes que la dicha doña Gracia auia puesto a el dicho don Francisco en el tercio de sus bienes, y para ponerlos en el mayorazgo del dicho su marido

do auia tenido facultad, porque se expressò en el poder de el dicho don Francisco la condicion y grauamen de casar con personas de calidad, y de obediencia, en la forma que dispusiesse la dicha doña Gracia, y a estas se ha de entender que se ajustò, ex prædictis supra *num.* 131. y porque hablò especialmente con don Francisco, primero llamado, ibi: *Y guarde en esto*, y no con los demas sucessores, y assi estas condiciones que miran a la persona de don Francisco, se ha de referir esta clausula.

134 ¶ Tambien se puede entender la clausula de la dicha doña Gracia, en que manda, que el dicho don Frãcisco su hijo guarde las clausulas y grauamenes que le tiene puestas en el tercio de sus bienes del grauamen de prohibicion de enagenacion, y las substituciones perpetuas que hizo para que se conservasse el mayorazgo, porque son conforme a la naturaleza del, y el poder y facultad se entiende concedido para todo lo que es de naturaleza de el acto para que se concede: argument. *l. si pupillorum*, §. *si pupillus*, *ff. de reb. eor.* *l. si postea* 10 *ff. rem pupil. salvam fore*, *l. si quis pro eo*, §. *si nummos*, *l. si à Colono*, §. *vltim. ff. de fideiussor.* *l. centum capuæ*, *ff. de eo quod certo loco*, *l. si vno*, *ff. locati*, cum alijs similibus tradunt Andræas de Ysernia *in cap.* 1. *num.* 11. *qui successor teneantur.* Camerarius *in cap. Imperialem de probibirion. feud. alienat per Federicum*, *pagin.* 343. & 407. Marinus Freccia *de potestat.* & *authoritat. varonis*, *lib.* 2. *authoritat.* 1. *quæst.* 2. *num.* 14. Rosental. *de feud. cap.* 9. *conclus.* 19. *à nu.* 2. Larata *in teatro feudal. part.* 8. *dilucidat.* 62 Dom. Molin. *lib.* 4. *cap.* 5. *n.* 5 vbi Additionat. Mieres 4. *part. quæst.* 1. *limitat.* 2. *à num.* 39 Fachineo *lib.* 2. *controuers. cap.* 57.

134 ¶ En lo indiuidual de poder notat Iason *in l. certi conditio*, §. *si nummos*, *ff. de rebus credit. num.* 20. & 24. Mantica *de tacit. convent. lib.* 3. *tit.* 5. *numer.* 62. & 63. Tuseh. *tom.* 6. *liter.* P. *conclus.* 841. *à num.* 4. *vsquè ad* 9. el señor Valençuela, Obispo de Salamanca, *cons.* 136. *num.* 10. & 13. Cancer. *lib.* 2. *variar. cap.* 5. *num.* 242. & *seqq.* Maceratens. *lib.* 2. *variar. resolution.* 25. Rota Genuens. *decis.* 142. *num.* 4. Noguerol *allegat.* 2. *num.* 59. & 67. & *allegat.* 9. *à num.* 64. *vsquè in finem*, vbi multis exemplis hanc resolutionem comprobat.

135 ¶ Loqual es conforme a el poder y facultad

tad que diò el dicho don Francisco, porque como consta de la clausula referida supra *num. 99. Ordenò, que la dicha doña Gracia executasse la fundacion con las fuerças, clausulas, vinculos, firmeças, llamamientos, y demas condiciones necessarias que a ella le pareciere.* Lo qual no fue dexar a su voluntad los llamamientos y condiciones, sino declarar que auia de poner las que fuessen necessarias para la conservacion, y perpetuidad, y firmeça de la fundacion, que son las que se han referido, en que obra la facultad y poder para poner condiciones, y hazer llamamientos, con que no queda ociosa, sino tiene efeto ajustado a la disposicion de derecho.

136 ¶ La qual asiste a la dicha doña Catalina sin duda alguna para ser preferida en la sucession del mayorazgo que fundò el dicho don Francisco, y de el que fundò la dicha doña Gracia. Y quandose pudiera considerar alguna duda (que ajustadas las disposiciones no la ay) tiene tambien en su fauor las reglas la dicha doña Catalina para ser preferida, porque es hija primogenita de don Francisco Fernando de Ahumada y Mendoça, hijo primogenito del dicho don Francisco, primero llamado en ambos mayorazgos, y assi deue ser preferida, y excluyr a el dicho don Diego, que pretende por hijo segundo, porque tiene contra si las reglas, como en terminos de este caso funda el señor don Iuan del Castillo *lib.6.cap.160. à num. 1. cum seqq.* vbi alios refert. Y copiosamente funda, que se ha de determinar en fauor de los primogenitos, y excluyr a los secundogenitos en el caso claro, y en el dudoso, conque en qualquiera que se considere el pleyto, deue obtener la dicha doña Catalina, y con mayor razon por estar en caso claro de llamamiento expresso en su fauor, con prelacion a el dicho don Diego, y assi en ambos mayorazgos se espera determinacion en fauor de la dicha doña Catalina. Salva V. D. C.

El Lic. D. Baltasar de Villanueua.